

## Tilburg University

### **Prime Minister Berlusconi, the judiciary and the duty of loyal cooperation in a recent decision of the Italian Constitutional Court**

Fabbrini, F.

*Published in:*

Tijdschrift voor constitutioneel recht

*Publication date:*

2011

*Document Version*

Publisher's PDF, also known as Version of record

[Link to publication in Tilburg University Research Portal](#)

*Citation for published version (APA):*

Fabbrini, F. (2011). Prime Minister Berlusconi, the judiciary and the duty of loyal cooperation in a recent decision of the Italian Constitutional Court. *Tijdschrift voor constitutioneel recht*, 2(1), 214-222.

#### **General rights**

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

#### **Take down policy**

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

# Tijdschrift voor Constitutioneel Recht

## Voorwoord

Op 11 november 2010 presenteerde de Staatscommissie Grondwet haar rapport. Daarin wordt een groot aantal voorstellen gedaan die diverse gebieden van het constitutionele recht bestrijken. De redactie acht een discussie over deze voorstellen van groot belang. Om deze reden is de indeling van deze aflevering van het Tijdschrift voor Constitutioneel Recht anders dan u gewend bent. In plaats van de artikelen treft u een zevental kortere beschouwingen aan over deelonderwerpen van het rapport van de Staatscommissie. Ook de rubriek De Stelling is gewijd aan een onderwerp dat nauw verwant is aan de thematiek van de Staatscommissie.

Enkele onderwerpen waarover de Staatscommissie heeft geadviseerd, mist u wellicht in deze aflevering, bijvoorbeeld de betekenis van de Grondwet in de (veranderende) internationale rechtsorde en de discussie over de toevoeging van nieuwe grondrechten aan de Grondwet. Daarover zullen in aflevering 2011/3 enkele bijdragen verschijnen.

De redactie

voor-  
woord

# Colofon

www.tvcr.nl

Het Tijdschrift voor Constitutioneel Recht (TvCR) maakt onderdeel uit van de activiteiten van de Staatsrechtkring, de vereniging van staatsrechtbeoefenaars.

## Disclaimer

Alle rechten voorbehouden. Behoudens de door de Auteurswet 1912 gestelde uitzonderingen, mag niets uit deze uitgave worden verveelvoudigd (waaronder begrepen het opslaan in een geautomatiseerd gegevensbestand) of openbaar gemaakt, op welke wijze dan ook, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever. De bij toepassing van artikel 16B en 17 Auteurswet 1912 wettelijk verschuldigde vergoedingen wegens fotokopiëren, dienen te worden voldaan aan de Stichting Reprorecht, Postbus 882, 1180 AW te Amstelveen. Voor het overnemen van een gedeelte van deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken op grond van artikel 16 Auteurswet 1912 dient men zich tevoren tot de uitgever te wenden. Hoewel aan de totstandkoming van deze uitgave de uiterste zorg is besteed, aanvaarden de auteur(s), redacteur(en) en uitgever geen aansprakelijkheid voor eventuele fouten of onvolkomenheden.

© WLP 2011 /  
redactie TvCR 2011

## Redactie

prof.mr. P.P.T. Bovend'Eert  
mr. J.L.W. Broeksteeg (redactiesecretaris)  
prof.dr. M. Claes  
prof.mr. D.J. Elzinga  
mr.dr. M.L. van Emmerik  
prof.mr. J.H. Gerards  
prof.mr. R. de Lange  
mr. R. Nehmelman  
prof.mr. A.E. Schilder

De redactie verwelkomt graag bijdragen voor TvCR. U kunt uw bijdrage zenden aan de redactiesecretaris. Ook voor auteursrichtlijnen kunt u zich wenden tot hem (h.broeksteeg@jur.ru.nl).

## Verzending en abonnementen

TvCR verschijnt vier keer per jaar en wordt toegezonden aan de leden van de Staatsrechtkring. Individuen kunnen zich voor €30,= per jaar aanmelden als lid van de Staatsrechtkring en ontvangen dan TvCR. Daarnaast is het voor instituten, ministeries, bibliotheken et cetera, mogelijk om een abonnement te nemen à €100,= per jaar. Voor een abonnement kunt u zich wenden tot de redactiesecretaris: mr. J.L.W. Broeksteeg, vaksectie Staatsrecht Radboud Universiteit, Postbus 9049, 6500 KK Nijmegen.

## Ontwerp

Deel2 Ontwerpers, Nijmegen

## Opmaak

Wolf Legal Publishers, Nijmegen / @en graphics

## Uitgever

René en Willem-Jan van der Wolf  
Assistent: Simone Fennell  
Wolf Legal Publishers, Nijmegen

ISSN 1879-6664

## MONTESQUIEU INSTITUTE

De uitgave van TvCR wordt mede mogelijk gemaakt door het Montesquieu Instituut, een multifunctioneel onderzoeks- en onderwijsinstituut voor vergelijkende parlementaire geschiedenis en constitutionele ontwikkeling in Europa (voor meer informatie, zie [www.montesquieu-instituut.nl](http://www.montesquieu-instituut.nl)).

## Artikelen

- 112 Staatscommissies Grondwet: schepen in de nacht? |  
*G. Boogaard*
- 122 Een bal voor de burger | *O.J. Tans*
- 130 Een doos van Pandora | *J.J.J. Sillen*
- 140 Grondwettelijk recht op eerlijk proces en toegang tot de rechter:  
goede aanzet, maar ook gemiste kans | *B.J.G. Leeuw, P.A.M. Mevis*
- 152 Grondrechten in het digitale tijdperk: driemaal is scheepsrecht? |  
*L.F.M. Verhey*
- 168 Digitale grondrechten en de Staatscommissie: op zoek naar de  
kern | *B.J. Koops*
- 186 De beperkingssystematiek van de Nederlandse grondrechten:  
Kanttekeningen bij het rapport van de Staatscommissie Grondwet |  
*G. van der Schyff*

## Wetgeving

- 195 Wet maatregelen bestrijding voetbalvandalisme en ernstige over-  
last | *J.G. Brouwer, A.E. Schilder*

## Opinie

- 202 De Grondwet: meer dan een speeltuin voor staatsrechtgeleerden |  
*B.M. Oomen*
- 205 Wat de Grondwet vermag | *H.R. van Gunsteren*

## Bij de burens

- 207 Een nieuw kiesstelsel voor Duitsland | *Ph. Kiiver*
- 214 Prime Minister Berlusconi, the judiciary and the duty of loyal  
cooperation in a recent decision of the Italian Constitutional Court |  
*F. Fabbrini*

## Boeken

- 223 Tom Bingham, The Rule of Law | *F.J. van Ommeren*
- 230 Jan Moritz Schilling, Deutscher Grundrechtsschutz zwischen  
staatlicher Souveränität und menschenrechtlicher Europäisierung |  
*R. de Lange*
- 233 B.J. de Vos, Horizontale werking van grondrechten. Een kritiek |  
*C. Mak*
- 237 Wojcieck Sadurski, Equality and Legitimacy | *A.B. Terlouw*
- 245 J.-U. Suchomel, Partielle Disponibilität der Würde des Menschen |  
*A.C. Hendriks*

inhoud

# Staatscommissies Grondwet: schepen in de nacht?

Over de geschiedenis, de juridische achtergrond en de functie van staatscommissies

G. BOOGAARD\*

## 1. Inleiding

De Staatscommissie-Thomassen heeft niet alleen een rapport overhandigd, maar biedt op haar website<sup>1</sup> ook een kleine catechismus over zichzelf aan. Wie doorklikt naar 'Vraag en antwoord' vindt onder andere een antwoord op de vraag: 'Waarom bestaat de Staatscommissie Grondwet niet uit vooraanstaande politici?'<sup>2</sup>

'Veranderingen in het politieke bestel (b.v. een ander kiesstelsel, de verhouding tussen regering en parlement) staan nadrukkelijk niet op de agenda van deze commissie,' zo begint het antwoord. 'De vragen [aan de Staatscommissie-Thomassen, GB] richten zich op de betekenis van de Grondwet voor de burger, de positie van de grondrechten en de verhouding tot het internationale recht. Dat zijn zulke specifieke vragen dat de regering in dit geval behoefte had aan advies van externe deskundigen.' Alvorens voor te stellen om te gaan sleutelen aan bijvoorbeeld de beperkingssystematiek van de grondrechten, acht de regering het verstandig om daar eerst deskundigen over te consulteren. Daar valt in te komen. Maar het beantwoordt nog niet de vraag waarom vooraanstaande politici dan niet ten minste ook in de commissie zouden kunnen zitten. De aan de commissie voorgelegde vragen waren tenslotte niet allemaal even juridisch-technisch van aard. 'De noodzaak tot opname van een preambule in de Grondwet' is bijvoorbeeld een vraag die zich snel vertakt naar politieke wenselijkheid. Toch was dat kennelijk onvoldoende reden om de daarbij behorende deskundigen in de Staatscommissie-Thomassen op te nemen. Het eigenlijke motief lijkt dan ook vooral besloten te liggen in het laatste deel van het antwoord: 'In de laatste jaren is bovendien het denken over advisering veranderd. Men acht het nu minder gepast dat de politiek zichzelf adviseert. Door onafhankelijk advies te vragen staat het de politieke beslissers vrij zelf hun eigen keuzes te maken'.

Dit antwoord correspondeert met het standpunt dat toenmalig minister Ter Horst verdedigd heeft in de Tweede Kamer.<sup>3</sup> Het kabinet vond dat er

\* Mr. G. Boogaard is promovendus bij de leerstoelgroep staats- en bestuursrecht van de Universiteit van Amsterdam.

<sup>1</sup> De site is naar eigen zeggen nog tot 31 december 2011 in de lucht.

<sup>2</sup> <http://www.staatscommissie-grondwet.nl/vraag-en-antwoord/waarom-bestaat-de-staatscommissie-grondwet-niet-uit-vooraanstaande-politici>, geraadpleegd op 17 januari 2011.

<sup>3</sup> Zie de verslagen van de AO's van 1 oktober 2008 en 21 januari 2009. *Kamerstukken II 2008/09*, 31 570, nrs. 6 en 9.

sprake was van een keuze tussen een politieke commissie en een 'niet politieke commissie'. Het kabinet koos voor het laatste en weerde om die reden 'actieve politici' uit de Staatscommissie. Dat stond overigens een streven naar een samenstelling die ook in politiek opzicht 'evenwichtig' was niet in de weg.

## 2. Opzet en werkwijze

De niet politieke samenstelling van de Staatscommissie-Thomassen moeten we dus begrijpen als uitvloeisel van 'nieuw denken over advisering'. Dit nieuwe denken wil ik inkaderen in 'enig denken over staatscommissies' door op drie vervolgvragen een antwoord te zoeken. In de eerste plaats: zijn niet politieke staatscommissies een nieuw fenomeen? In de tweede plaats: past het 'nieuwe denken' in het wettelijk kader? En in de derde plaats: is het verstandig om politici uit staatscommissies te weren? De eerste vraag zal ik beantwoorden vanuit een korte historische schets, de tweede met een korte inventarisatie van het wettelijk kader en de derde vanuit de in de literatuur onderscheiden 'functies van een staatscommissie'.

Om een beeld te vormen van de staatscommissies die zich met de Grondwet hebben beziggehouden, heb ik mij niet alleen gewend tot de geschiedenis van de Grondwet in de bekende handboeken. Ik heb ook gebruik gemaakt van de informatie die tegenwoordig op internet beschikbaar is. Het Parlementair Documentatie Centrum van de Universiteit Leiden biedt een overzicht en een kort artikel per staatscommissie, waaronder ook die gezelschappen gerekend worden die eigenlijk geen staatscommissie zijn maar daar wat hun functie betreft wel veel overeenkomsten mee vertonen.<sup>4</sup> Een echte goudmijn is ontsloten door het Instituut voor Nederlandse Geschiedenis, dat een Onderzoeksgids Grondwetscommissies 1883-1983 online heeft gezet.<sup>5</sup> Naast overzichten van de samenstelling, werkwijze en resultaten van de verschillende commissies bieden de ingescande notulen rechtstreeks toegang tot de vergadertafel. Mijn persoonlijke favoriet tot nu toe is de poging van J. Donner om in de laatste vergadering over het rapport van zijn commissie nog iets te redden van zijn door tegenslagen geplaagde commissie. Het lid prof. Barents protesteert ter vergadering tegen het conceptrapport omdat dit verhult 'dat de commissie voor de verschillende voorstellen niet warm is gelopen. Zoals het rapport er nu ligt, geeft het de indruk dat een veel grondiger behandeling heeft plaatsgevonden dan in feite het geval is geweest'. De voorzitter, Donner, vraagt zich dan af of het 'dienstig is van de misère in de commissie naar buiten te laten blijken'.<sup>6</sup> Wie doorbijt, vindt en begrijpt uiteindelijk ook de geheime schertsnotulen die Cals uitdeelde tijdens de laatste

# arti- kelen

4 [www.parlement.com](http://www.parlement.com), geraadpleegd op 17 januari 2011, onder 'Staatscommissies-Grondwet'.

5 <http://www.inghist.nl/Onderzoek/Projecten/Grondwetscommissies1883-1983/> onderzoeksgids, geraadpleegd op 17 januari 2011.

6 Notulen van de plenaire vergadering van 31 januari 1958. [http://www.inghist.nl/pdf/cc/1953\\_cie\\_j\\_donner/notulen/plenair/data/1958-01-31/1958-01-31.pdf](http://www.inghist.nl/pdf/cc/1953_cie_j_donner/notulen/plenair/data/1958-01-31/1958-01-31.pdf), geraadpleegd op 17 januari 2011.

vergadering van de Staatscommissie-Cals/Donner. Cals parodieert daar meesterlijk op de wijze van vergaderen, door verslag te doen van een fictieve vergadering over de invulling van een afscheidsetentje. Dat zijn dan bijvoorbeeld oeverloze discussies over de door Cals voorgestelde dranken Liebfraumilch, Chateau-neuf-du-pape en D.O.M. Bénédictine terwijl de GPV'er Verbrugh maar blijft aandringen op Koninginnesoep. Voor zover hier een indruk van een grondige behandeling gewekt wordt: het gaat in dit essay slechts om een onvolledige opsomming van staatscommissies, om een eerste verkenning van het wettelijk kader en om een jurist die zich buiten zijn eigenlijke vakgebied bezighoudt met een 'functie' van iets.

### 3. Historisch overzicht

De relatie tussen staatscommissies en herzieningen van de Grondwet heeft oude papieren. De grondwetten van 1814 en 1815 werden voorbereid door staatscommissies onder leiding van Van Hogendorp. De Grondwet van 1848 werd vooraf gegaan door de Staatscommissie-Thorbecke en de Pacificatie van 1917 bereikte de Grondwet niet voordat de Staatscommissie-Oppenheim zich over het kiesrechtstelsel en de Staatscommissie-Bos zich over het onderwijs hadden uitgesproken. Alleen voor de herziening van 1840 is geen staatscommissie aan te wijzen. Andersom kan het ook: de Staatscommissies-De Beaufort (1905-1906, kiesrecht) en -Heemskerk (1910-1912, kiesrecht en onderwijs) leverden geen grondwetsherziening op.

De samenstelling van deze staatscommissies heeft een duidelijk politiek profiel. De genoemde Staatscommissie-Bos, bijvoorbeeld, bestond alleen uit actieve politici: zeven fractievoorzitters en zeven onderwijswoordvoerders uit de Tweede Kamer. Actieve politici zijn de regel, een lid van de Raad van State of een hoogleraar komen voor, maar blijven de uitzondering. Alleen in de Staatscommissie-De Beaufort hadden de (op dat moment) niet-actieve politici de overhand. Overigens moet hierbij worden aangetekend dat zich onder de 'actieve politici' staatsrechtgeleerden als A.F. de Savornin Lohman en Thorbecke zelf bevonden. In die zin is het onderscheid 'politici' en 'deskundigen' beperkt.

In het interbellum legt de Staatscommissie-Ruijs de Beerenbrouck de basis voor de herziening van de Grondwet in 1922. Maar de daadwerkelijke wijzigingen van de Grondwet waren uiteindelijk veel beperkter dan de voorstellen van de commissie. Aan het politieke gehalte van de samenstelling van de Staatscommissie kan het bijna niet gelegen hebben: Ruijs de Beerenbrouck was toen de fungerend minister van Binnenlandse Zaken, en naamgever van het zittende kabinet. De Staatscommissie-De

Wilde bereidde de weg naar de herziening van 1938, maar veel meer dan de introductie van de minister zonder portefeuille heeft dat niet opgeleverd. De samenstelling van de commissie past echter prima in het klassieke beeld: parlementariërs en een enkele hoogleraar. Maar ook valt het onderscheid te relativiseren. Prof. Van den Bergh was in de commissie een hoogleraar, maar kort daarvoor was hij nog lid van de Tweede Kamer voor de SDAP.

De herzieningen van de Grondwet na de Tweede Wereldoorlog zijn – zoals Van der Pot schrijft – veel minder geschikt om ‘de gang van het staatkundig leven te beschrijven’, zoals dat met de geschiedenis tot 1917 tot op zekere hoogte wel mogelijk is.<sup>7</sup> Dat wil niet zeggen dat er na 1917 geen behoefte meer bestond aan fundamentele staatsrechtelijke vernieuwing en dus aan de instelling van staatscommissies over de Grondwet. In 1946 adviseerde een uitsluitend uit actieve politici samengestelde Staatscommissie-Beel I om de herzieningsprocedure van de Grondwet aan te passen. Dit voorstel strandde in tweede lezing in de Tweede Kamer. De Staatscommissie-Van Schaik, die daar kort op volgde, zou de weg moeten banen naar een substantiële wijziging van de Grondwet. De Staatscommissie werd zwaar en breed samengesteld: fractievoorzitters uit de Tweede Kamer en hoogleraren. Toch is ook met hun voorstellen in de herzieningen van 1953, 1956 en 1963 weinig gebeurd,<sup>8</sup> al kunnen de gevolgen van de invoering van de (huidige) art. 93 en 94 Grondwet achteraf natuurlijk moeilijk worden overschat.

‘Voor een ingrijpende herziening van de Grondwet moet er een zeker klimaat aanwezig zijn en dat klimaat ontbreekt op dit ogenblik,’ stelde staatscommissie-veteraan P.J. Oud in 1963.<sup>9</sup> Ten behoeve van dit klimaat zette Oud zich samen met vier andere (oud) hoogleraren in voor de zogenaamde *Proeve van een nieuwe Grondwet*. Deze verscheen in 1966 en was bedoeld om de discussie over de Grondwet nieuw leven in te blazen. De Raad van State vermoedt in het advies over de instelling van de Staatscommissie-Thomassen dat 1963, het jaar waarin de Werkgroep-Proeve van start ging, kan worden aangemerkt als een ‘omslagpunt’ voor de taak en samenstelling van staatscommissies. ‘Het accent verschoof van het politieke niveau naar het ambtelijk niveau en vervolgens (na 1967) naar deskundigen.’<sup>10</sup> Het jaartal 1967 slaat op de instelling van de Staatscommissie-Cals/Donner in 1967. In die commissie zaten geen actieve politici meer, maar alleen hoogleraren en voormalige politici. De adviezen van deze Staatscommissie vormden de basis voor de grote grondwetsherziening van 1983, al kenmerkte die zich vooral door een bekorting en systematisering van de Grondwet. De verder strekkende voorstellen – waar de commissie zelf overigens op belangrijke punten verdeeld over was – bereikten de Grondwet niet.

7 Van der Pot, *Handboek van het Nederlandse staatsrecht*, bewerkt door D.J. Elzinga en R. de Lange, m.m.v. H.G. Hoogers, Deventer: Kluwer 2006, p. 154.

8 ‘De berg had een muis geëbaard’ schrijft J. Kan, die direct betrokken was bij deze commissie. Zie J. Kan, ‘A view from the Inside’, *Bestuurswetenschappen* 1975, p. 389-393, op p. 390.

9 *Handelingen II* 1962/63, p. 513. Geciteerd in: Karin van Leeuwen, *Heimwee naar 1917? Nieuwe vormen van politieke participatie en de voorbereiding van een grondwetsherziening in de jaren zestig*, paper congres ‘We, the people. Participerende burgers en politieke cultuur’, 30 mei 2008.

10 *Kamerstukken II* 2007/08, 31 570, nr. 3, p.10.



De grondwetscommissie-dichtheid lijkt vervolgens alleen nog maar te intensiveren. De Staatscommissie-Biesheuvel uit 1982 (met vijf hoogleraren in de gelederen) ziet het voorstel tot invoering van een correctief wetgevingsreferendum uiteindelijk in tweede lezing sneuvelen tijdens de Nacht van Wiegel in 1999. De Commissie-Koning (niet officieel als 'staatscommissie' ingesteld) nam tussen 1990 en 1993 in een kleine en niet politiek actieve samenstelling de mogelijkheden om het staatsbestel beter te laten functioneren nog eens door, maar ook van de voorstellen van deze Commissie is weinig terug te vinden in het huidige staatsrecht. In 2000 adviseerde de Commissie-Franken (evenmin een staatscommissie) nog tot aanpassing van de Grondwet met het oog op het digitale tijdperk. In 2006 werd geprobeerd om langs nieuwe wegen de discussie over de Grondwet los te trekken: met een Nationale Conventie, samengesteld uit personen met geen of een zwak politiek profiel. Lopende grondwetsherzieningen heeft dit alles nog niet opgeleverd. De conclusie van bijna een eeuw grondwetscommissies lijkt dan ook vrij hard: 'Feitelijk zijn alle adviezen sinds 1917 over staatkundige vernieuwing, zoals over invoering van een referendum, een andere wijze van grondwetsherziening, de positie van de Eerste Kamer of een gekozen formateur, zonder resultaat gebleven'.<sup>11</sup>

Recent was er dan de Staatscommissie-Thomassen met hoogleraren, een staatsraad in buitengewone dienst en een oud-lid van de Eerste Kamer. Dit was tegen de zin van de Raad van State, die adviseerde om terug te keren naar de praktijk van voor 1963. Die oude praktijk had volgens de Raad van State namelijk als voordeel dat er dan automatisch politieke steun georganiseerd werd. Op die conclusie dingt het kabinet (Balkenende IV) in het Nader Rapport het nodige af.<sup>12</sup> De Staatscommissie-Cals/Donner bestond ook al niet meer uit actieve politici en zij speelden in ieder geval meer klaar dan de Commissie-Deetman, die dat weer wel was. Bovendien is het nog maar de vraag of commissieleden-politici ook echt de steun van hun geestverwante fracties meebrengen. Juist in het parlementaire debat over de voorstellen die door de Staatscommissie-Van Schaik waren voorbereid, bleek de binding van kamerfracties aan de door hun geestverwante leiders in de Staatscommissie ingenomen standpunten geen vanzelfsprekendheid. P.J. Oud weigerde nog langer aan staatscommissies deel te nemen als hij te allen tijde aan de daarin ingenomen standpunten zou worden gehouden. A.M. Donner verdedigde de onafhankelijke en wetenschappelijke wijze waarop de Staatscommissie-Van Schaik te werk was gegaan en de PvdA-fractie liet zich ook niet binden aan het commissiestandpunt.<sup>13</sup> Toch valt er wel iets voor de door de Raad van State omschreven functie van een staatscommissie over de Grondwet te zeggen. Ik kom daar hieronder op terug.

11 Staatscommissies-Grondwet op [www.parlement.com](http://www.parlement.com), geraadpleegd op 17 januari 2011.

12 *Kamerstukken II* 2007/08, 31570, nr. 3, p.10-11.

13 Karin van Leeuwen, *De functie van staatscommissies voor grondwetsherziening. Regels en gebruiken in de commissies Beel en Van Schaik*, Den Haag: Ministerie van BZK, 2008, p. 25-31.

Het historische overzicht laat zien dat de staatscommissies die zich met de Grondwet bezighouden vroeger uit actieve politici bestonden en later uit een combinatie van deskundigen en personen met een politiek verleden. Een Staatscommissie Grondwet bestaande uit uitsluitend deskundigen ben ik niet tegengekomen. Het enige dat daar enigszins bij in de buurt komt is de genoemde Werkgroep Proeve. De Werkgroep bestond uitsluitend uit vijf (oud)hoogleraren, maar was geen officiële staatscommissie. In hoeverre het denken over advisering nieuw is, kan ik niet beoordelen. Maar een staatscommissie met vooral wetenschappers blijkt in ieder geval wel een novum.

#### 4. Wettelijk kader

Sinds 1922 eist de Grondwet dat 'vaste colleges van advies in zaken van wetgeving en bestuur van het Rijk'<sup>14</sup> een wettelijke grondslag hebben. De achtergrond daarvan was argwaan tegen de 'vele adviesinstanties waarmee regering en bestuur zich bij de snelle uitbreiding van de overheidstaken omringden'.<sup>15</sup> De angst bestond dat in die adviesorganen inhoudelijke deals gesloten werden die het parlement vervolgens maar te slikken had. Adviescommissies zouden als 'voorparlementen'<sup>16</sup> de positie van de Staten-Generaal bedreigen. De eis van een wettelijke grondslag en de eis om bij wet de 'inrichting, samenstelling en bevoegdheid te regelen', zou het parlement de nodige waarborgen kunnen verschaffen. De staatscommissies die zich in het verleden met de Grondwet hebben beziggehouden waren echter alle tijdelijke commissies, en daarmee onttrokken aan art. 79 Grondwet.<sup>17</sup>

De Kaderwet adviescolleges<sup>18</sup> gaat verder dan art. 79 Grondwet en stelt in art. 4: 'Een adviescollege wordt bij wet ingesteld'. Art. 6 van die wet maakt het mogelijk om een 'adviescollege voor de eenmalige advisering over een bepaald vraagstuk' bij koninklijk besluit of ministeriële regeling in te stellen voor de duur van de advisering. Een dergelijk besluit moet op grond van het tweede lid van art. 6 onverwijld worden megedeeld aan de Eerste en Tweede Kamer. In die laatste verplichting valt iets van de oorspronkelijke bedoeling van art. 79 Grondwet te herkennen.

Typische staatscommissies Grondwet zijn (tegenwoordig) adviescolleges in de zin van art. 6 lid 1 van de Kaderwet adviescolleges.<sup>19</sup> Ze worden doorgaans bij KB<sup>20</sup> ingesteld, in overleg met (de Tweede Kamer van) de Staten-Generaal. Voor een definitie van adviescolleges verwijst de Memorie van Toelichting bij de Kaderwet adviescolleges onder andere door naar de materiële definitie uit de parlementaire geschiedenis van de Grondwet.<sup>21</sup> Ik licht daar één element uit: van een adviescommissie in de zin van de Grondwet (en de Kaderwet adviescolleges) is sprake als

14 De tekst van art. 78 Grondwet van 1922 luidde: 'De instelling van vaste colleges van advies en bijstand aan de Regeering geschiedt krachtens de wet, [...]', de huidige tekst van art. 79 van is van 1983.

15 Van der Pot 2006, p. 592.

16 Kamerstukken II 1979/80, 16 040, nr. 3, p. 3.

17 Staatscommissies hoeven overigens niet tijdelijk te zijn. Sinds 1897 bestaat de Staatscommissie voor het internationaal privaatrecht waarvan de werkwijze in 1998 bij wet werd geregeld: Wet op de Staatscommissie voor het internationaal privaatrecht, *Stb.* 1998, 208.

18 *Stb.* 1996, 378.

19 Kamerstukken II 2007/08, 31 570, nr. 3, p. 9.

20 Dit blijkt in ieder geval ten aanzien van staatscommissies Grondwet de praktijk, en was in 1975 onderdeel van de definitie van een staatscommissie bij F.H. van der Burg, 'Commissies ad hoc', *Bestuurswetenschappen* 1975, p. 425-443, op p. 428 - 429.

21 Kamerstukken II 1995/96, 24 503, nr. 3, p. 7.

verschillende standpunten worden afgewogen en geprobeerd wordt om tot een synthese te komen. Colleges waarbinnen het enkel om het uitwisselen van informatie gaat zijn dus geen adviescolleges.<sup>22</sup>

Ten aanzien van de samenstelling van de adviescolleges bepaalt art. 10 Kaderwet adviescolleges dat er naast een voorzitter ten hoogste veertien andere leden kunnen worden benoemd. Die leden worden benoemd op grond van de 'deskundigheid die nodig is voor de advisering op het beleidsterrein waarvoor het adviescollege is ingesteld alsmede op grond van maatschappelijke kennis en ervaring' (art. 12 lid 1 Kaderwet adviescolleges). Politici, en zeker de vooraanstaande, worden door de wet dus niet in zijn algemeenheid geweerd; hun aanwezigheid als lid wordt echter ook niet verplicht gesteld. Ambtenaren die zich in hun werk bezighouden met de onderwerpen waarover geadviseerd wordt, worden wel geweerd (lid 2 van art. 12 Kaderwet adviescolleges).

Het wettelijk kader is dus in grote mate neutraal ten opzichte van het al dan niet 'politiek' samenstellen van een staatscommissie. Wel is het denkbaar dat het vanuit een specifieke opdracht meer voor de hand ligt om (oud) politici te benoemen, omdat zij ten aanzien van bepaalde onderwerpen vanuit hun ervaring over de meeste deskundigheid beschikken. Het ligt allicht meer voor de hand om een staatscommissie die moet adviseren over wijzigingen van de Grondwet in verband met de 'relatie kiezers-beleidsvorming' te laten bestaan uit (oud) politici dan een staatscommissie die zich moet uitspreken over de beperkingssystematiek van de grondrechten. Ook de formulering van de opdracht kan in meer of mindere mate voorsorteren op deelname van (oud) politici in een staatscommissie. In een commissie die blijkens het koninklijk besluit waarmee ze geïnstalleerd werd als opdracht heeft om te adviseren over de vraag welke wijzigingen van de Grondwet 'raadzaam' (Heemskerk), 'verkiezelijk' (Oppenheim) of 'wenselijk' (Cals/Donner) zijn, zal een actieve politicus sneller een deskundige zijn dan een commissie die zich over de 'noodzakelijkheid' van de wijziging van beperkingsclausules uit de Grondwet moet buigen (Thomassen).

22 C.A.J.M. Kortmann, *De Grondwetsherzieningen 1983 en 1987*, Deventer: Kluwer 1987, p. 248. De Memorie van Toelichting bij de Kaderwet adviescolleges weert 'overleg en inspraak' uit de definitie van het begrip adviescollege. *Kamerstukken II 1995/96*, 24 503, nr. 3, p. 7.  
23 G.H. Scholten, 'Politisering en het krakende radenwerk', in: *Politisering van het openbaar bestuur. Congressbundel Vereniging voor Bestuurskunde*, Den Haag 1974, p. 107-122, Kan 1975, p. 389-393, Van der Burg 1975, p. 425-443, H.R.B.M. Kummeling, *Advisering in het Publiekrecht*, Den Haag: SDU uitgeverij 1988, m.n. hoofdstuk 2 en Van Leeuwen 2008.

## 5. Functies Staatscommissie Grondwet

Terugkerende functies van adviescommissies in de literatuur<sup>23</sup> zijn de zogenaamde 'informatiefunctie' en de 'legitimatiefunctie'. De informatiefunctie verwijst naar de mogelijkheid om via een externe commissie deskundigheid aan te boren. Ten aanzien van de wijziging van de Grondwet is het bijvoorbeeld denkbaar dat een commissie van externe specialisten opties op tafel legt waar de politiek zelf nog niet aan gedacht had. Een officiële 'staatscommissie' kan dan enige aanzuigende werking hebben op

gerenommeerde deskundigen, maar noodzakelijk is deze vorm voor de informatiefunctie niet. Zoals minister Ter Horst stelde bij het Algemeen Overleg over de Staatscommissie-Thomassen: 'Het lijkt mij niet echt een essentieel punt van discussie of je nu spreekt van een aantal mensen die je adviseren of over een staatscommissie. Het is gebruikelijk bij zoiets belangrijks als de Grondwet te spreken van een staatscommissie. Dat wil niet zeggen dat andere commissies minder waard zijn.'<sup>24</sup>

Het al dan niet zijn van een officiële staatscommissie kan vanuit de legitimatiefunctie meer betekenis hebben. Bij deze functie gaat het om het verlenen van gezag aan een bepaalde mogelijkheid om de Grondwet te wijzigen. Dat kan op grond van de deskundigheid van de leden en op grond van representativiteit van de samenstelling van een staatscommissie.

Beide componenten komen terug in het advies van de ervaringsdeskundige J. Kan. Mocht zich weer een wens tot een algemene herziening van de Grondwet voordoen dan is zijn uit 1975 daterende recept voor succes: 'een breed samengestelde commissie van wijze mannen die representatief kunnen worden geacht voor de verschillende stromingen. In hun eigen kring voldoende gezaghebbend en in de commissie voldoende plooibaar'.<sup>25</sup>

G.H. Scholten onderscheidt nog drie andere mogelijke functies van een (staats)commissie:<sup>26</sup> het zijn van parkeerplek om kwesties uit te stellen, het verschaffen van de mogelijkheid om verantwoordelijkheid voor een bepaalde keuze af te schuiven en de zogenaamde inkapselfunctie: vermoedelijke critici medeplichtig maken in een adviescommissie. F.H. van den Burg vindt dat vormen van misbruik.<sup>27</sup> Hem kan worden toegegeven dat het inderdaad een minder direct verband heeft met het doel: het smeden van grondwetswijzigende politieke meerderheden.

Wanneer de informatiefunctie centraal gesteld wordt voor een staatscommissie Grondwet, dan ligt het inderdaad – behoudens het geval dat er zich weer een Thorbecke onder de parlementariërs bevindt – voor de hand om staatsrechtwetenschappers te benoemen.

Het wijzigen van een Grondwet vereist twee lezingen en een meerderheid van twee derden in beide kamers van de Staten-Generaal tijdens de tweede lezing (art. 137 Grondwet). Dit veronderstelt een politiek compromis van grotere omvang en langere duur dan een gebruikelijke regerings-coalitie. Veel staatscommissies over de Grondwet werden ingesteld om de in de samenleving levende ideeën over en de behoefte aan staatsrechtelijke vernieuwing te kanaliseren richting de Grondwet. Bij de vraag of een staatscommissie kan bijdragen aan het smeden van politieke supermeerderheden treedt de op representativiteit gebaseerde legitimatiefunctie op de voorgrond.

<sup>24</sup> *Kamerstukken II 2008/09*, 31 570, nr. 6.

<sup>25</sup> Kan 1975, p. 389-393.

<sup>26</sup> Scholten 1974, p. 107-122, op p. 109 – 110. Zie ook: Kummeling 1988, p. 30.

<sup>27</sup> Van der Burg 1975, p. 425-443, op p. 429, noot 8.

Zoals een verkiezingsuitslag zich via een formatie vertaalt in een coalitie-akkoord dat een kabinet in de regeringsverklaring kan overnemen, zo moeten de ideeën over staatsrechtelijke vernieuwing ook politiek in elkaar gepast worden om daadwerkelijk kans te maken op realisatie.

Staatscommissies kunnen die functie vervullen en een regering in staat stellen om een gezaghebbend voorstel te doen dat zij niet aan een coalitie-akkoord maar aan een bredere politieke overeenstemming kunnen ontleenen – aangenomen dat de betreffende staatscommissie ook ‘breder’ is samengesteld dan de regerende coalitie. Hoewel een advies van een staatscommissie dat mede een compromis tussen politieke ideologieën bevat geen garantie is voor een daadwerkelijke wijziging van de Grondwet, is het omgekeerde wellicht wel het geval. Als het politieke compromis van het ‘nieuwe denken over advisering’ niet meer in een advies aan politici mag, moet er gezocht worden naar een alternatief om het politieke puzzelwerk voor een grondwetswijziging te faciliteren.

Dat zou misschien met een aparte ‘grondwetsformatie’ kunnen, waarbij het smeden van de supermeerderheid in de handen van de actieve politici gelaten wordt. Maar het alternatief had ook gezocht kunnen worden in de opdracht die de Staatscommissie-Thomassen bij haar instelling onder andere van minister Ter Horst meekreeg: betrek meer burgers dan alleen experts bij de advisering. Ook als het een staatscommissie niet lukt om meer dan twee derden van kiezers te bereiken lijkt het mij zeker niet uitgesloten dat een staatscommissie ‘van onderop’ iets organiseert wat bijdraagt aan de vorming van een grondwetswijzigende meerderheid in de Staten-Generaal. Helaas had de Staatscommissie-Thomassen hiervoor ‘geen tijd’,<sup>28</sup> zodat ik het hier bij speculatie moet laten.

## 6. Afsluiting

Naar aanleiding van het veronderstelde ‘nieuwe denken over advisering’ dat de benoeming van vooraanstaande politici in staatscommissies over de Grondwet zou beletten, heb ik in dit essay drie vragen centraal gesteld. Mijn Vragen & Antwoorden luiden als volgt:

- 1) Is het nieuw? Ja en nee. Het is inderdaad nieuw om een staatscommissie uitsluitend uit deskundigen zonder politiek profiel samen te stellen. Maar het past wel in een ontwikkeling van staatscommissies die overwegend of zelfs uitsluitend uit actieve politici bestonden, via staatscommissies die uit een combinatie van actieve politici en hoogleraren bestonden en staatscommissies met oud-politici die niet meer actief waren naar de ‘niet politieke’ Proeve uit 1966 en de Nationale Conventie van 2006.
- 2) Past het in het wettelijk kader? Ja, het nieuwe denken over advisering past in het wettelijk kader. De Kaderwet adviescolleges schrijft alleen

<sup>28</sup> Zie de verklaring van het lid Oomen, *Rapport Staatscommissie Grondwet*, november 2010, Bijlage Ia.

‘deskundigheid’ voor. Het hangt dan van het onderwerp en de opdracht af of actieve politici zich daarvoor kwalificeren.

3) Is het verstandig? Hangt er vanaf. Redenerend vanuit doel en functie van een Staatscommissie Grondwet is het mogelijk om de informatiefunctie centraal te stellen en een commissie uit wetenschappers te benoemen. Maar voor een daadwerkelijke wijziging van de Grondwet moet uiteindelijk een supermeerderheid geformeerd worden. Een compromis tussen in de Staatscommissie aanwezige representanten van een politieke ideologie kan de weg wijzen. Met de kans dat het lichtsignaal van een staatscommissie voor de andere schepen ook daadwerkelijk aanleiding is om te volgen.

# Een bal voor de burger

De preambule als medium voor deliberatief burgerschap

O.J. TANS\*

\* Dr. O.J. Tans LL.M. is als rechtstheoreticus verbonden aan het Amsterdam University College, en gespecialiseerd in de relatie tussen politieke gemeenschappen en hun constitutionele normen. Dank aan de redactie van TvCR, en aan de beheerders van het weblog *Publiekrecht en Politiek* ([www.publiekrechtenpolitiek.nl](http://www.publiekrechtenpolitiek.nl)), waarop mijn bijdrage 'Pleidooi voor een preambule' werd geplaatst, dat later werd overgenomen door Sargasso ([www.sargasso.nl](http://www.sargasso.nl)).

<sup>1</sup> *Rapport Staatscommissie Grondwet*, November 2010, p. 35-42.

<sup>2</sup> De Staatscommissie Grondwet stelt voor om, in plaats van een preambule, de volgende algemene bepaling aan de Grondwet toe te voegen: 1. Nederland is een democratische rechtsstaat; 2. De overheid eerbiedigt en waarborgt de menselijke waardigheid, de grondrechten en de fundamentele rechtsbeginselen; 3. Openbaar gezag wordt alleen uitgeoefend krachtens de Grondwet of wet. Zie daarvoor het betoog van Sillen in deze aflevering van TvCR.

<sup>3</sup> P.B. Cliteur en W.J.M. Voermans, *Preambules*, Alphen aan den Rijn: Kluwer 2009.

## 1. Inleiding

In haar rapport zet de Staatscommissie zich af tegen opnemings van een preambule in de Nederlandse Grondwet.<sup>1</sup> Dit is op het eerste gezicht begrijpelijk. Preambules staan vaak vol bevolgen kretes, waar men in Nederland van oudsher niet dol op is. Bovendien leven we in een tijd van scepsis en waarderelativisme, mede aangewakkerd door wereldwijde communicatie en migratie. Dit lijkt niet te stroken met een gevleugelde intentieverklaring in een grondwettelijk voorwoord. Het lijkt dan ook logisch dat de Staatscommissie liever pleit voor toevoeging van een algemene bepaling aan de Grondwet, waarin - meer beknopt en juridisch - een aantal fundamentele uitgangspunten wordt vastgelegd.<sup>2</sup>

Toch wordt in deze bijdrage kritisch gereflecteerd op het advies. Daarbij wordt de stelling verdedigd dat preambules gemakkelijk kunnen worden gezien als overbodige *Verfassungskitsch*, maar niettemin een nuttige bijdrage kunnen leveren aan een politieke gemeenschap. Om dat te verhelderen, zal allereerst worden ingegaan op de redenering van de Staatscommissie zelf en op de voorstudie die in dit kader is verricht door Paul Cliteur en Wim Voermans.<sup>3</sup> Vervolgens zal een verbreding van perspectief worden voorgesteld waarin niet zozeer de specifieke inhoud van de preambule centraal staat, als wel de maatschappelijke context en het discours waarin de betekenis van een preambule wordt bepaald, en herbevestigd. Dit discours, zo zal worden betoogd, kan op verschillende manieren bijdragen aan het zogenaamde 'deliberatief burgerschap': de deelname van burgers aan debat en meningsvorming over de publieke zaak. Meer specifiek kan de preambule een nuttige functie hebben in het communicatieve proces waarin burgers bijdragen aan de identiteit van hun politieke gemeenschap.

## 2. Het betoog van de Staatscommissie Grondwet

In navolging van Cliteur en Voermans omschrijft de Staatscommissie een preambule als 'een ongenummerde en inleidende voorverklaring bij een grondwet die ingaat op de overwegingen, redenen en de doelen van die grondwet'.<sup>4</sup> Dezelfde auteurs stellen dat veel grondwetten een dergelijke voorverklaring bevatten, en dat daarin uiteenlopende onderdelen voorkomen: historische en ideologische verwijzingen, religieuze uitingen of juist die van een religieus neutrale staat, erkenning van fundamentele uitgangspunten, en beschrijving van het totstandkomingsproces van de Grondwet.<sup>5</sup> Het feit dat zij niet adviseert tot een Nederlandse variant, plaatst de Staatscommissie in het licht van de opdracht waarmee zij aan het werk is gegaan, namelijk het versterken van de normativiteit van de Grondwet. De elementen die doorgaans voorkomen in preambules dragen niet bij aan die versterking, aldus de Staatscommissie, omdat zij vaak een sterk feitelijk karakter hebben. Bovendien past een preambule niet bij het traditioneel sobere en zakelijke karakter van de Nederlandse Grondwet. Wat betreft elementen die verwijzen naar gemeenschappelijke waarden, verwoordt de Staatscommissie de eerder genoemde scepsis: 'De Staatscommissie heeft geen hooggespannen verwachtingen van de mogelijkheid om nationale overeenstemming te bereiken over een formulering die verwijst naar gemeenschappelijke waarden en bijdraagt aan de 'samenbinding' van de burgers'.<sup>6</sup>

De Staatscommissie maakt een uitzondering voor het uitgangspunt dat Nederland een democratische rechtsstaat is. De hiermee samenhangende beginselen zijn dermate fundamenteel, dat zij explicitering in de Grondwet verdienen.<sup>7</sup> Volgens de Staatscommissie moet dit echter niet gebeuren in een preambule, maar in een algemene bepaling. Op die manier krijgt het uitgangspunt dezelfde juridische status als de overige grondwettelijke bepalingen: 'Een algemene bepaling brengt, meer dan een preambule, tot uitdrukking dat de daarin opgenomen beginselen niet alleen declaratoir of verklarend van aard zijn, maar ook en vooral een normatief karakter hebben'.<sup>8</sup>

## 3. Verbreding van het perspectief: over burgerschap en constitutioneel bewustzijn

Het is de vraag of de Staatscommissie de preambule niet wat te gemakkelijk terzijde heeft geschoven. Men is al decennia bezorgd over de matheid van het Nederlandse constitutionele bewustzijn. De tekst leeft niet onder de burgers en speelt een marginale rol in het publieke debat. Zo stelt Jit Peters dat belangrijke constitutionele ontwikkelingen zich in Nederland vaak buiten de Grondwet om voltrekken, waardoor deze aan geloofwaar-

# arti- kelen

4 *Rapport Staatscommissie Grondwet* 2010, p. 35; Cliteur en Voermans 2009, p. 15.

5 Cliteur en Voermans 2009, p. 18 e.v.

6 *Rapport Staatscommissie Grondwet* 2010, p. 37.

7 Het rapport noemt het democratiebeginsel, machtenscheiding, het legaliteitsbeginsel, eerbiediging van grondrechten en onafhankelijke rechtspraak.

*Rapport Staatscommissie Grondwet* 2010, p. 37.

8 *Rapport Staatscommissie Grondwet* 2010, p. 38.



digheid verliest.<sup>9</sup> Op basis van een empirische studie betoogt Barbara Oomen dat er ruimte is om de Nederlandse Grondwet een meer maatschappelijk relevante rol te laten spelen.<sup>10</sup> De regering, ten slotte, lijkt de zorg over het Nederlandse constitutionele bewustzijn te delen door aan de Staatscommissie de vraag te stellen hoe de Grondwet aan betekenis kan winnen voor de burger.

Tegelijkertijd kan worden signaleerd dat Nederland als politieke gemeenschap in verwarring is; dat er behoefte bestaat aan herijking van hetgeen de samenleving ten diepste bindt. Hoe is het bijvoorbeeld mogelijk dat een Nederlandse regering met steun van een partij als de PVV aan de slag is gegaan? Druist deze samenwerking niet in tegen het egalitaire fundament waarop onze staat is gebouwd? Nederland kan in ieder geval niet langer worden gezien als mekka van solidariteit en verdraagzaamheid. Evenmin kan het zich nog beschouwen als een land dat altijd 'ja' zegt tegen Europa, waar het poldermodel voorspoed brengt, of waar politieke moorden niet voorkomen. Bas Heijne spreekt in dit verband van een identiteitscrisis.<sup>11</sup> Nederland is op zoek naar een nieuwe basis van sociale samenhang. In een wereld die alsmaar complexer wordt, dringt de vraag 'wie zijn wij?' zich steeds meer op de voorgrond. Het komt onder meer tot uiting in een grote hoeveelheid artikelen en programma's waarin de laatste tijd aandacht wordt besteed aan de Nederlandse identiteit, cultuur en geschiedenis.

Evelien Tonkens vertelt in dit verband een belangwekkend verhaal.<sup>12</sup> In reactie op de identiteitscrisis wordt tegenwoordig vol verwachting naar de burger gekeken, zo stelt zij. Door zich actief met de politieke gemeenschap bezig te houden, wordt de burger geacht mee te werken aan bijvoorbeeld sociale cohesie, solidariteit en verkleining van de afstand tot het bestuur. De bal ligt bij de burger, aldus Tonkens. Daarbij is vooral deliberatie van belang: de burger moet meedenken en -praten, om aldus een bijdrage te leveren aan een positieve publieke moraal, dat wil zeggen, een moraal die door de samenleving zelf wordt voortgebracht. Tonkens spreekt van 'dialogisch moraliseren': de uitwisseling van normatieve opvattingen waarin burgers de identiteit van hun politieke gemeenschap voortbrengen.<sup>13</sup> Het probleem is echter dat deliberatief burgerschap maar mondjesmaat wordt gestimuleerd. En voor zover dat wel gebeurt, blijft de stimulans beperkt tot nauw afgebakende gebieden (een referendum, een inspraakavond, etc.), terwijl deliberatief burgerschap zich op vele andere terreinen kan manifesteren.<sup>14</sup> Er is met andere woorden sprake van een gebrek aan participatiekanalen. Volgens Tonkens hangt dit ook samen met het feit dat deliberatie tegenwoordig vooral wordt gezien als een zaak van burgers onderling, terwijl bijvoorbeeld in de jaren '70 ook de gedachteswisseling tussen burger en bestuur vruchtbaar werd geacht.

9 J.A. Peters, *Wie beschermt onze grondwet?*, Amsterdam: Vossiuspers 2003, p. 31.

10 B. Oomen, 'Constitutioneel bewustzijn in Nederland: van burgerzin, burgerschap en de onzichtbare grondwet', *Recht der Werkelijkheid* 2009, p. 55-79.

11 B. Heijne, *Onredelijkheid*, Amsterdam: De Bezige Bij 2007.  
12 E. Tonkens, *De bal bij de burger. Burgerschap en publieke moraal in een pluriforme, dynamische samenleving*, Amsterdam: Vossiuspers 2006.

13 Tonkens 2006, p. 17.

14 Tonkens noemt onderneemingsraden, cliëntenraden, bewonerscommissies en burgerfora. Tonkens 2006, p. 13.

#### 4. De deliberatieve functie van de preambule, deel I

In aanvulling op de functies die Cliteur en Voermans aan preambules toedichten,<sup>15</sup> wordt hier verdedigd dat zij een deliberatieve functie kunnen vervullen. Ongeacht hun specifieke inhoud, kunnen preambules vruchtbaar zijn vanwege het communicatieve proces waartoe zij aanleiding geven. Dit communicatieve proces kan worden uitgesplitst in twee delen: (1) deliberatie die voorafgaat aan de vaststelling van een preambule, en (2) deliberatie die volgt op de vaststelling van een preambule.

Het eerste deel van dit communicatieve proces kan worden geïllustreerd aan de hand van het project 'Wij, burgers van Europa' van de Belgische Stichting De Buren en de Nederlandse Stichting Perdu.<sup>16</sup> Met het oog op herijking van burgerschap, werd een aantal dichters gevraagd een preambule te schrijven voor een fictieve Europese Grondwet. Het resultaat is een intrigerende verzameling verhalen over politieke verbondenheid, over het 'zijn' van burger, over de afwezigheid van een bindende factor, over hen die buiten de boot van het burgerschap vallen, kortom, een ongestuurde artistieke impressie van lidmaatschap van een politieke gemeenschap.

Het begint misschien wat populair te klinken, maar het gaat hier niet om de inhoud van deze preambules. Waar het om gaat, is dat er publieke deliberatie op gang komt, en dat het woord nu eens niet aan de politiek is, of aan een commissie die daardoor is ingesteld. In plaats van onze identiteit van bovenaf te bepalen, klinkt hier een stem uit de gemeenschap. Een stem die van onderaf probeert te duiden wie wij zijn, wat wij doen, waar wij in geloven, waar wij naartoe gaan en waar wij vandaan komen.

Het vraagt een zekere bijstelling van de staatsrechtelijke blik, maar het is niet ondenkbaar dat een preambule voor de Nederlandse Grondwet een vergelijkbaar proces op gang brengt. Men zou de Dichter des Vaderlands bijvoorbeeld aan het werk kunnen zetten, al dan niet bijgestaan door andere schrijvers. Is men niet gecharmeerd van deze literaire (c.q. elitaire) invalshoek, dan kan worden geopteerd voor een andere maatschappelijk geïnformeerde gedachtevorming. In verband met het bovengenoemde project heeft ondergetekende bijvoorbeeld een schrijfwedstrijd onder studenten georganiseerd.<sup>17</sup> Vele andere verbredingen van het deliberatief proces, zo mogelijk geholpen door media-aandacht, zijn denkbaar. Men kan daarbij overigens openstaan voor de conclusie die de Staatscommissie al lijkt te hebben getrokken, namelijk dat geen enkele preambule brede steun vindt. Dat kan op zichzelf een vruchtbare uitkomst zijn, want het heil is hier niet te verwachten van het product, maar van het proces.<sup>18</sup>

15 Zij identificeren: de juridische functie (het verankeren van waarden en beginselen waarop de constitutie rust); de expressieve functie (het uitdrukken van achterliggende waarden en beginselen, dan wel de totstandkomingsgeschiedenis); de evocatieve functie (het oproepen van nationale eenheid en saamhorigheid); de identificerende functie (het vastleggen van een religieuze of politiek-ideologische identiteit). Tot slot opperen de auteurs de opvoedende functie (het inscherpen van de centrale uitgangspunten van de constitutie). Cliteur en Voermans 2009, p. 29 e.v.

16 Stichting De Buren/Stichting Perdu, *Wij, burgers van Europa. Lyrische inleidingen op de Europese Grondwet*, Brussel: DeBuren 2010. Zie: <http://www.deburen.eu/nl/programma/detail/wij-burgers-van-europa>.

17 De winnende preambule is opgenomen in de bundel genoemd in noot 15.

18 In het denken over identiteit wordt veelal aangenomen dat uitsluiting een belangrijk aspect is van identiteitsvorming. Komt een politieke gemeenschap tot de conclusie dat een preambule de kern niet raakt, dan identificeert men 'het andere': dat wat de politieke gemeenschap niet is. Ook dit kan bijdragen aan de versterking van het collectieve zelfbeeld.

19 Sterk geïnspireerd door het werk van John Locke: *We the People of the United States, in Order to form a more perfect Union, establish Justice, insure domestic Tranquility, provide for the common defence, promote the general Welfare, and secure the Blessings of Liberty to ourselves and our Posterity, do ordain and establish this Constitution for the United States of America.*

20 De ratificatie van de Amerikaanse Grondwet leidde in 1787-8 tot een groot publiek debat. In brede lagen van de bevolking maakten voor- en tegenstanders hun opvattingen kenbaar via kranten en pamfletten. Ook de preambule werd hevig bediscussieerd. Zie bijvoorbeeld: G. Wood, *The Creation of the American Republic: 1776-1787*, Chapel Hill North Carolina UP: 1969.

21 P. Henry, *Virginia Ratifying Convention*, 4 Juni 1788, onder 5.16.1-2.

22 Amerikaanse rechters doen sporadisch een beroep op de preambule bij hun interpretatie van grondwetsartikelen. In *United States v. Kinnebrew Motor Co.* (8.F.Supp.535 (W.D. Okla. 1934)) wordt bijvoorbeeld verwezen naar de 'general welfare' uit de preambule om te rechtvaardigen dat het Congres een wet uitvaardigt die de verkoopprijs van auto's vastlegt. Voorbeelden van de maatschappelijke relevantie van de Amerikaanse preambule: popsongs op de tekst, leerlingen die worden opgeroepen om de preambule thuis op de koelkast te plakken en het hele gezin te vragen haar uit het hoofd te leren, het daaraan gekoppelde spel 'do the preamble (un)scramble', en tot slot de man in de straat die de tekst moeiteloos opzegt.

## 5. De deliberatieve functie van de preambule, deel II

Als wel een aansprekende preambule wordt geproduceerd, kan deze op verschillende manieren bijdragen aan de vorming van publieke moraal en politieke cultuur. Denk maar aan de befaamde preambule van de Amerikaanse Grondwet.<sup>19</sup> Voor alle duidelijkheid: deze tekst is tot stand gekomen in een chaotisch (postrevolutionair) klimaat, waarin federalisten en antifederalisten tegenover elkaar stonden, evenals de voor- en tegenstanders van slavernij. Niettemin besloten de *founding fathers* constitutionele lijnen uit te zetten, voorafgegaan door een preambule. Dit kader was allerm minst onbetwist.<sup>20</sup> Natuurlijk was het lastig, ja haast onmogelijk, om de verdeelde Amerikaanse samenleving te verenigen onder een preambule. Zo beschouwden veel antifederalisten de tekst als een centralistische poging over staten heen te walsen. Tijdens de ratificatieconventie van de staat Virginia stelde Patrick Henry: 'Who authorizes these gentlemen to speak the language of We, the people, instead of We, the states? The people gave them no power to use their name.'<sup>21</sup>

Niettemin is de Amerikaanse grondwet, en haar preambule in het bijzonder, daarna uitgegroeid tot centraal onderdeel van de politieke cultuur. Politici hebben de preambule gebruikt om standpunten te bepleiten. Rechters hebben ernaar verwezen in uitspraken. Kunstenaars in schepingen. Media in berichtgeving. En op Amerikaanse scholen is de preambule ettelijke malen besproken. Men gebruikt de tekst ter bezinning op het normatieve fundament van de samenleving.<sup>22</sup>

Het is hier niet de bedoeling de Amerikaanse politieke cultuur te idealiseren. Wel zij opgemerkt dat het constitutionele bewustzijn in Amerika een stuk groter is dan bij ons. Dit lijkt samen te hangen met het feit dat men de grondwet dichter bij de burger brengt, bijvoorbeeld door actief te promoten dat het volk in een preambule haar steun en constitutionele intentie tot uitdrukking brengt. Het is daarbij van ondergeschikt belang dat nationale overeenstemming bestaat over de redactie van de tekst. Het nut van een preambule is niet dat zij de bedoeling van een grondwet sluitend en met consensus definieert. Het draait niet om de perfecte compositie, maar om het feit dat die compositie in de maatschappij tot leven komt. Zie het als een cultuuruiting. Een nationaal gedicht, voorafgaand aan het hoogste normenkader. Een tekst, aan de hand waarvan de gemeenschap kan duiden wie zij is, en hoe zij wil samenleven. In nog andere woorden: een preambule biedt burgers een interpretatiekader voor deliberatie over collectieve identiteit.

## 6. Naar een levende grondwet

Waarom zou men Nederland een dergelijk symbool van politieke cultuur willen onthouden? Misschien wil de Staatscommissie niet afwijken van hetgeen Cliteur en Voermans omschrijven als de 'clean break'-gewoonte: preambules worden meestal geïntroduceerd op het moment dat een nieuw constitutioneel bestel wordt ingesteld, en niet in situaties van continuïteit en relatieve stabiliteit.<sup>23</sup> Het valt echter te betwijfelen of gewoontevorming hier de leidraad moet zijn. Zoals de genoemde auteurs ook aangeven, zegt een bestaand gebruik niets over de afwijking ervan: 'Het vermogen van een preambule om – zelfstandig – (nationale) identiteit te maken, samenhang te bewerkstelligen, of beginselen te doen beklijven is onbewezen maar daarmee nog niet onmogelijk of onbestaanbaar'.<sup>24</sup>

Van groter belang is de mate waarin een politieke gemeenschap tekenen vertoont van verwarring en zoekt naar een nieuwe basis van eenheid. Zo'n gemeenschap heeft behoefte aan vehikels om de zoektocht gestalte te geven. Het is in dit verband minder gelukkig dat Cliteur en Voermans spreken van het 'zelfstandig' sorteren van effect. De crux is nu juist dat preambules op zich zelf niets doen. Zij krijgen pas maatschappelijke betekenis als ze worden gebruikt en bediscussieerd.

Misschien vreest de Staatscommissie dat bepaalde groepen aan de haal zullen gaan met een preambule; dat deze een instrument voor het zaaien van verdeeldheid wordt, in plaats van een bindende factor te zijn. Neem bijvoorbeeld de poging van premier Balkenende om een verwijzing naar de Joods-christelijke traditie op te nemen in de Europese grondwet, die in 2003 veel stof deed opwaaien. Vraagt een preambule niet om zulke problemen? Men kan Geert Wilders nu al horen roepen dat onze preambule iets moet uitrichten tegen de islam. Of de fatsoenslobby: wat als zij de tanden in een preambule zet om allerlei leefregels aan de samenleving op te leggen?

Het valt niet te ontkennen dat een preambule kan worden gebruikt voor een bepaalde agenda. Uitingen van identiteit gaan altijd gepaard met vormen van uitsluiting, want wanneer iets wordt geïdentificeerd, wordt het per definitie afgezet tegen hetgeen niet wordt geïdentificeerd.<sup>25</sup>

Burgerschap: elke poging tot vastlegging ervan brengt met zich mee dat sommigen niet als volwaardig worden gezien. Het valt echter ook niet te ontkennen dat het maatschappelijk debat in dit opzicht allang is opge-laaid. Of wij het nu leuk vinden of niet, er zijn al krachten aan het werk om het burgerschap en de nationale identiteit te herijken, variërend van saamhorig tot polariserend.<sup>26</sup> De vraag is dus niet of deze discussie kan worden voorkomen, maar of wij een staatsrechtelijke institutie beschikbaar willen stellen om haar te kanaliseren.

<sup>23</sup> Cliteur en Voermans 2009, p. 45.

<sup>24</sup> Cliteur en Voermans 2009, p. 50.

<sup>25</sup> Zie noot 18.

<sup>26</sup> Een saamhorige herijking is te vinden in *Tijd van Onbehagen*, waarin Ad Verbruggen een cultuurverlies signaleert, en pleit voor versterking van de gemeenschapszin. De PVV streeft daarentegen een meer polariserende herijking na. Zie ook de beschrijving van de identiteitscrisis eerder in dit stuk. A.

Verbruggen, *Tijd van Onbehagen. Filosofische essays over een cultuur op drift*, Meppel: Sun/Boom 2004.

Het werk van James Tully biedt in dit opzicht inspiratie.<sup>27</sup> Deze auteur vergelijkt constituties met standbeelden. Een ieder beschouwt deze kunstwerken vanuit zijn of haar perspectief. Men kan er in feite van alles in zien, afhankelijk van de specifieke positie, achtergrond en intentie van de waarnemer. Dit betekent niet, aldus Tully, dat constituties geen betekenis hebben. Integendeel: hun betekenis bestaat eruit dat zij een veelheid aan gezichtspunten verenigen in een gemeenschappelijk object van interpretatie. De mate waarin dit object in de publieke sfeer wordt bediscussieerd, is bepalend voor de mate waarin het maatschappelijk tot leven komt. Het draait dus niet om een overkoepelende waarheid of consensus, maar daartegenom om de openlijke strijd over de duiding van het constitutionele kader. Met hoeft daarom ook niet bang te zijn voor het opwekken van verdeeldheid. Integendeel: als op constitutioneel niveau wordt gestreden over uitgangspunten, heeft de maatschappelijke verdeeldheid een (gecontroleerd en transparant) podium gevonden om de degenen te kruisen.<sup>28</sup> Een preambule kan deze publieke uitwisseling een extra stimulans en structuur geven.

## 7. Slot

Natuurlijk kan deliberatief burgerschap ook op andere manieren worden gefaciliteerd. Het is bovendien niet gezegd dat een preambule in Nederland dezelfde carrière maakt als bijvoorbeeld in Amerika. Toch is het de vraag of wij geen kans voorbij laten gaan door de preambule links te laten liggen. Afgezien van de beschreven bijdrage aan publiek debat over collectieve identiteit, biedt het de mogelijkheid om politiek en staatsrecht dichter bij de burger te brengen. Hier wordt immers de link gelegd tussen een grondwet en de uiteindelijke constituerende macht, namelijk het volk. De Nationale Conventie (2006) leek zich daar overigens ook van bewust. Een preambule, zo stelt zij, illustreert ‘...dat de Grondwet als ‘hoogste staatsregeling’ niet een louter juridisch-staatkundig document is. Zij maakt duidelijk dat de Grondwet een functie heeft voor de gehele bevolking en niet alleen voor juristen, wetgevers en staatsrechtdeskundigen.’<sup>29</sup>

In dit verband zij opgemerkt dat de voorgestelde algemene bepaling weliswaar interessant en belangwekkend is, maar deze kan niet worden gezien als alternatief voor een preambule.<sup>30</sup> Zoals de Staatscommissie zelf min of meer aangeeft, betreft het elementen die inhoudelijk wellicht verwant zullen zijn, maar welbeschouwd zijn het zaken van een geheel andere orde. Waar de voorgestelde algemene bepaling een juridische status heeft (d.w.z. gelding heeft in de rechtsorde), behelst een preambule een uiting van constitutionele volkswil die voorafgaat – en losstaat – van de

27 J. Tully, *Strange Multiplicity: Constitutionalism in an age of diversity*, Cambridge: Cambridge UP 1995.

28 Voor een nadere analyse van deze maatschappelijke functie, zie O.J. Tans, ‘De fictie van de constitutie, over de maatschappelijke functie van ontwerpdenken’, *Recht der Werkelijkheid* 2009, p. 11-26.

29 Aanbeveling van de Nationale conventie voor de 21<sup>e</sup> eeuw, *Hart voor de publieke zaak*, september 2006, p. 42-43.

30 Zie noot 2.

rechtsorde. Het feit dat reeds een algemene bepaling is voorgesteld, doet dan ook niets af aan het feit dat een preambule om andersoortige redenen wenselijk kan zijn.

Misschien moeten wij eerst loskomen van het stoffige imago van preambules. Het is wat dat betreft tekenend dat de Staatscommissie stelt dat preambules de door Cliteur en Voermans beschreven elementen kunnen bevatten.<sup>31</sup> Alsof de mogelijkheden zijn beperkt tot de veelal pompeuze riedels die in het verleden zijn geproduceerd. Hieruit spreekt weinig verbeeldingskracht. Met een beetje ondernemingszin ligt een originele Nederlandse variant misschien wel binnen handbereik. Zo niet, dan biedt zelfs een flinke dosis *Verfassungskitsch* aanknopingspunten voor deliberatie over de publieke zaak.

<sup>31</sup> Cliteur en Voermans 2009, p. 36.

# Een doos van Pandora

Over het voorstel een algemene bepaling aan de Grondwet toe te voegen

J.J.J. SILLEN\*

## 1. Inleiding

Het rapport van de Staatscommissie Grondwet is een zakelijk en terughoudend rapport.<sup>1</sup> Al in de opmaat ervan maakt de commissie duidelijk dat hemelbestormende voorstellen van haar niet hoeven te worden verwacht. Zij schrijft 'geen aanleiding [te zien] voor grootscheepse aanpassing en aanscherping van de constitutionele regels die aan de democratische rechtsstaat uitdrukking geven.'<sup>2</sup> De aanbevelingen die zij doet, presenteert zij als relatief kleine grondwetswijzigingen die vaak reeds lang aanvaarde regels van constitutioneel recht codificeren. Bovendien beperkt de commissie zich tot voorstellen die volgens haar noodzakelijk zijn om 'de normativiteit van de Grondwet' te versterken.

Sommige aanbevelingen van de commissie kan ik echter moeilijk rijmen met deze, zelf opgelegde, zakelijke en terughoudende benadering. Ten eerste is dat haar voorstel tot 'heroverweging' van het toetsingsverbod,<sup>3</sup> waarvan de gevolgen voor de verhouding tussen wetgever en rechter volgens mij groter zijn dan de commissie suggereert.<sup>4</sup> Ik laat die aanbeveling echter rusten, en concentreer mij op de tweede aanbeveling die volgens mij op gespannen voet staat met de eigen uitgangspunten van de Staatscommissie, namelijk het voorstel om een algemene bepaling aan de Grondwet toe te voegen.

## 2. Versterking van de normativiteit van de Grondwet

De Staatscommissie plaatst haar aanbeveling om een algemene bepaling aan de Grondwet toe te voegen in de sleutel van het versterken van de normativiteit van de Grondwet. Het is niet eenvoudig de betekenis van deze doelstelling te achterhalen.

Op p. 26 van het rapport stelt de commissie de normativiteit van de Grondwet gelijk met haar rechtskracht. Zou de Staatscommissie zich tot die betekenis beperken, dan zouden er slechts weinig aanbevelingen

\* Mr. drs. J.J.J. Sillen is universitair docent staats- en bestuursrecht aan de Radboud Universiteit Nijmegen.

<sup>1</sup> Het rapport is te vinden als *Kamerstukken II* 2010/11, 31 570, nr. 17, bijlage.

<sup>2</sup> *Rapport Staatscommissie Grondwet* 2010, p. 27.

<sup>3</sup> *Rapport Staatscommissie Grondwet* 2010, p. 47.

<sup>4</sup> J.J.J. Sillen, 'Tegen het toetsingsrecht', *NJB* 2010, p. 2742-2748.

mogelijk zijn. De rechtskracht van de Grondwet – dat wil zeggen: haar geldigheid in rechte – kan volgens mij alleen toenemen door een (nogal symbolische) wijziging van art. 94 Gw. waardoor een ieder verbindende bepalingen van verdragen en van besluiten van volkenrechtelijke organisaties niet langer de toepassing van de Grondwet opzij kunnen zetten. Al op dezelfde pagina breidt de commissie (daarom) stukje bij beetje de betekenis van de uitdrukking ‘versterking van de normativiteit van de Grondwet’ uit. Daaronder valt nu ook het toegankelijker maken van de Grondwet voor burgers door ‘kenmerkende elementen van het constitutionele recht in één (goed leesbaar) document’ te codificeren. Versterking van de normativiteit van de Grondwet moet ervoor zorgen dat de Grondwet ‘daadwerkelijk als fundamenteel toetsingskader’ gaat fungeren voor bestuur, wetgever en rechter. Wijziging van art. 120 Gw. kan daarbij volgens de Staatscommissie een belangrijke rol spelen. Fungeert de Grondwet eenmaal als fundamenteel toetsingskader, dan zal zij (daardoor) ook in het publieke debat een belangrijkere rol spelen, zo verwacht de commissie. Het gezag van, en het vertrouwen in, de overheid wordt daardoor versterkt, omdat de burger dan ziet dat ‘de overheid aan de fundamentele regels van de democratische rechtsstaat is gebonden’.<sup>5</sup> Versterkt de voorgestelde algemene bepaling nu deze normatieve kracht van de Grondwet? Dat wil zeggen: maakt de algemene bepaling de Grondwet toegankelijker voor burgers en leidt zij ertoe dat de Grondwet als fundamenteel toetsingskader gaat fungeren waardoor het vertrouwen in en het gezag van de overheid toeneemt? Voordat ik aan de beantwoording van die vraag toekom (paragraaf 5), bespreek ik wat volgens de Staatscommissie de juridische betekenis is van de algemene bepaling en ga ik na of zij – zoals de commissie suggereert<sup>6</sup> – inderdaad een codificatie is van reeds lang bestaande constitutionele beginselen (paragraaf 3 en 4).

### 3. De betekenis van de algemene bepaling

De algemene bepaling die de Staatscommissie voorstelt, luidt:

1. Nederland is een democratische rechtsstaat.
2. De overheid eerbiedigt en waarborgt de menselijke waardigheid, de grondrechten en de fundamentele rechtsbeginselen.
3. Openbaar gezag wordt alleen uitgeoefend krachtens de Grondwet of de wet.’

Het voorstel wordt gevolgd door een korte en bondige toelichting, maar ook op enkele andere plaatsen in haar rapport gaat de commissie in op (termen uit) de bepaling. Hoe legt de commissie die bepaling uit?

## arti- kelen

<sup>5</sup> Rapport Staatscommissie Grondwet 2010, p. 26.

<sup>6</sup> Vgl. Rapport Staatscommissie Grondwet 2010, p. 31.

<sup>7</sup> Rapport Staatscommissie Grondwet 2010, p. 40.



Het eerste lid van het artikel bepaalt dat Nederland een democratische rechtsstaat is, en dat ook hoort te zijn.<sup>8</sup>

Volgens de commissie omvat de term 'democratische rechtsstaat' een aantal fundamentele beginselen. Zij noemt er daarvan vijf.<sup>9</sup> Ten eerste omvat hij het democratiebeginsel. Volgens dat beginsel behoren 'burgers of de instellingen die hen vertegenwoordigen betrokken [te] zijn bij de vaststelling van de belangrijkste wettelijke regels' en hoort het bestuur verantwoording af te leggen aan volksvertegenwoordigende ambten.<sup>10</sup> Ten tweede is de scheiding der machten een onderdeel van de democratische rechtsstaat. Deze scheiding – door de commissie elders 'verdeling van machten' genoemd – zegt dat wetgeving, bestuur en rechtspraak 'tot op zekere hoogte' zijn gespreid over drie overheidsambten 'die elkaar controleren en in evenwicht houden'.<sup>11</sup> Ten derde ligt de toegang van de burger tot een onafhankelijke en onpartijdige rechter in de term besloten.<sup>12</sup> Het vierde en vijfde door de commissie genoemde beginsel van de democratische rechtsstaat zijn het beginsel dat de overheid de grondrechten eerbiedigt en waarborgt en het legaliteitsbeginsel. Aan die beginselen zijn respectievelijk de leden 2 en 3 van de algemene bepaling gewijd.

Het tweede lid van de bepaling verplicht de overheid niet alleen de grondrechten te eerbiedigen én te waarborgen, maar ook de menselijke waardigheid en de fundamentele rechtsbeginselen.

De term 'grondrechten' omvat niet enkel de grondrechten uit de Nederlandse Grondwet, maar ook de fundamentele rechten vervat in verdragen waarbij Nederland partij is. Hoewel breed, voegt de term dus niets toe aan het reeds bestaande geschreven constitutionele recht: de overheid hoort de Grondwet uit de aard der zaak in acht te nemen en de verdragsrechten moet zij reeds eerbiedigen en waarborgen op grond van volkenrecht.<sup>13</sup> Het geschreven nationale constitutionele recht wordt wel verrijkt door twee andere termen uit de bepaling: de overheid moet niet alleen de grondrechten, maar ook de menselijke waardigheid en de fundamentele rechtsbeginselen eerbiedigen en waarborgen.

De menselijke waardigheid ligt volgens de Staatscommissie ten grondslag aan alle grond- en mensenrechten.<sup>14</sup> Zij is zeer nauw verbonden met het recht op leven en het verbod op foltering en onmenselijke behandeling.<sup>15</sup> Vanwege die nauwe band met de menselijke waardigheid acht de helft van de leden van de commissie het niet nodig het recht op leven uitdrukkelijk in de Grondwet op te nemen. Volgens de andere helft moet dat recht (en het verbod op foltering en onmenselijke of vernederende behandeling<sup>16</sup>) wel uitdrukkelijk in de Grondwet worden opgenomen, omdat het 'tot de meest fundamentele van de fundamentele rechten behoort'.<sup>17</sup>

De menselijke waardigheid is overigens een lastig te definiëren beginsel, zo waarschuwt de commissie.<sup>18</sup> *En passant* noemt zij het ook niet meer

8 *Rapport Staatscommissie Grondwet* 2010, p. 37.

9 *Rapport Staatscommissie Grondwet* 2010, p. 37.

10 *Rapport Staatscommissie Grondwet* 2010, p. 22.

11 *Rapport Staatscommissie Grondwet* 2010, p. 22.

12 *Rapport Staatscommissie Grondwet* 2010, p. 22.

13 De Staatscommissie stelt overigens voor dat recht ook expliciet in de Grondwet op te nemen (p. 61-64). Zij is echter verdeeld over de vraag waar die bepaling in de Grondwet zou moeten opgenomen en welke redactie – en dus welke reikwijdte – de bepaling zou moeten hebben.

14 Op grond van art. 94 Gw. kan de rechter toezien op naleving van die volkenrechtelijke plicht.

15 *Rapport Staatscommissie Grondwet* 2010, p. 41.

16 *Rapport Staatscommissie Grondwet* 2010, p. 42.

17 *Rapport Staatscommissie Grondwet* 2010, p. 66.

18 *Rapport Staatscommissie Grondwet* 2010, p. 65.

19 *Rapport Staatscommissie Grondwet* 2010, p. 42.

een beginsel, maar een 'concept'. 'Binnen' dat concept kunnen zich 'botsingen' voordoen. Zoals tussen het beginsel van persoonlijke autonomie en 'andere aspecten van de menselijke waardigheid'. Of in zo'n geval de persoonlijke autonomie zwaarder weegt of een ander aspect van de menselijke waardigheid, bijvoorbeeld het door de commissie genoemde beginsel van zelfbeschikking, moet per geval worden bezien.

Tot slot moet de overheid op grond van het tweede lid van de algemene bepaling de fundamentele rechtsbeginselen eerbiedigen en waarborgen.

Volgens de commissie zijn dat onder meer het gelijkheidsbeginsel, het rechtszekerheidsbeginsel en het beginsel *pacta sunt servanda*.<sup>19</sup> Als ik het goed begrijp, vallen de algemene beginselen van behoorlijk bestuur en van behoorlijke rechtspleging daar niet onder. Zij zijn, zoals de Staatscommissie schrijft, 'uitwerkingen van fundamentele rechtsbeginselen'.<sup>20</sup> Helder is dat onderscheid tussen fundamentele rechtsbeginselen en algemene beginselen van behoorlijk bestuur niet. Zo zijn het gelijkheidsbeginsel en het rechtszekerheidsbeginsel volgens de bestuursrechtelijke handboeken algemene beginselen van behoorlijk bestuur, terwijl de commissie deze aanduidt als fundamentele rechtsbeginselen.<sup>21</sup>

Het derde en laatste lid van de algemene bepaling herformuleert het legaliteitsbeginsel.<sup>22</sup> Volgens de tekst van de bepaling oefent de overheid alleen gezag uit krachtens de wet of de Grondwet. Deze redactie roept twee vragen op, die de – twee zinnen tellende – toelichting helaas niet beantwoordt.<sup>23</sup>

Ten eerste kiest de Staatscommissie voor het gebruik van de term 'openbaar gezag', en niet voor de meer gangbare term 'bevoegdheid'. Ik denk dat de commissie daarmee aansluiting heeft willen zoeken bij de Algemene wet bestuursrecht, die een zogenaamd b-(bestuurs)orgaan definieert als een 'persoon of college, met enig openbaar gezag bekleed'.<sup>24</sup> Overigens stelt de Awb-wetgever 'openbaar gezag' weer gelijk met 'publiekrechtelijke bevoegdheid'.<sup>25</sup> Wat die termen betekenen, blijft echter onduidelijk, omdat de Staatscommissie ze, net als de Awb-wetgever, niet omschrijft. De reikwijdte van de voorgestelde bepaling – valt daaronder bijvoorbeeld ook burger begunstigend overheidsoptreden? – wordt daardoor niet opgehelderd.

Ten tweede valt op dat openbaar gezag alleen mag worden uitgeoefend 'krachtens' de wet of de Grondwet. Het artikellid bevat daarmee niet een van de grondwettelijke delegatieformules: 'bij of krachtens', 'regels' of een vorm van het werkwoord 'regelen'. Evenmin bevat het de formule 'uit kracht van een wet', zoals art. 104 Gw. en waarmee de grondwetgever tot uitdrukking brengt dat de wet zelf de essentialia van de regeling moet bevatten.<sup>26</sup> De Staatscommissie lijkt de wetgever daarmee te willen verbieden de bevoegdheid om aan een persoon openbaar gezag toe te kennen, te

19 In het rapport ontbreekt overigens een omschrijving van dat laatste beginsel. Ik ken het alleen uit het volkenrecht waar het betekent dat gesloten verdragen moeten worden nagekomen. Het beginsel zou echter ook in het nationale recht toepassing kunnen vinden, namelijk in de vorm: de overheid moet zijn afspraken nakomen.

20 Rapport Staatscommissie Grondwet 2010, p. 40.

21 R.J.N. Schlössels en S.E. Zijlstra, *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat*, Deventer: Kluwer 2010, p. 391.

22 Rapport Staatscommissie Grondwet 2010, p. 32.

23 Rapport Staatscommissie Grondwet 2010, p. 40.

24 Art. 1:1, eerste lid, aanhef en onder b, Awb.

25 PG Awb I, p. 133.

26 Vgl. C.A.J.M. Kortmann, *Constitutioneel recht*, Deventer: Kluwer 2008, p. 350.

27 Kortmann's 'Proeve van een Grondwet', waarop de door de Staatscommissie voorgestelde algemene bepaling geïnspireerd lijkt te zijn, is ruimhartiger. Zij bepaalt dat overheidsinstellingen geen 'bevoegdheden' hebben dan die 'bij of krachtens' de Grondwet of de wet aan hem zijn toegekend. C.A.J.M. Kortmann, 'Wegwerprecht, oude dame of frisse juf?', in: *De Grondwet herzien*, Den Haag: Ministerie van BZK 2008, p. 20.

28 *Kamerstukken II 1979/80*, 16 034, nr. 3, p. 15 en nr. 9, p. 23.

29 Nog afgezien van de vraag als delegatie wel mogelijk zou zijn, aan wie de wetgever dan zou willen delegeren.

30 *Kamerstukken II 1976/77*, 13 990, nr. 6, p. 20.

31 Mocht de rechter de bevoegdheid krijgen om de wet ook aan enkele grondwetsbepalingen te toetsen (het voorstel-Halsema), dan lijkt de Staatscommissie te adviseren ook toetsing van de wet mogelijk te maken aan de door haar voorgestelde algemene bepaling (p. 39). Ik vind dat onverstandig, omdat de bepaling zó vaag is dat er voor de rechter die haar moet toepassen weinig anders opzit dan recht te spreken op grond van zijn eigen normatieve voorkeuren.

32 *Rapport Staatscommissie Grondwet 2010*, p. 39.

33 *Rapport Staatscommissie Grondwet 2010*, p. 39.

34 Art. 20 GG. Overigens kent het *Grundgesetz* ook een met het eerste lid van de algemene bepaling vergelijkbaar artikel, namelijk art. 1 GG. Op die bepaling kom ik hierna terug.

delegeren: alleen de wet of de Grondwet kan openbaar gezag verlenen.<sup>27</sup> De grondwetsbepalingen die de formule 'krachtens de wet' reeds bevatten, ondersteunen die lezing. Art. 36 Gw. bepaalt dat de Koning het koninklijk gezag tijdelijk kan neerleggen en hervatten 'krachtens een wet'. Met die redactie werd beoogd de wetgever de bevoegdheid te verlenen om de Koning te machtigen zijn gezag neer te leggen en te hervatten.<sup>28</sup> Ook art. 89, tweede lid, Gw. bevat de door de Staatscommissie voorgestelde formule: slechts 'krachtens de wet' mag een AMvB door straffen te handhaven voorschriften bevatten. Hoewel de toelichting over de betekenis van die formule zwijgt, ligt het in de rede dat ook hier delegatie niet is toegestaan vanwege de – beoogde – waarborgfunctie van de formeel-wettelijke machtiging.<sup>29</sup> Tot slot bepaalt art. 127 Gw. (onder meer) dat de gemeenteraad verordeningen vaststelt, behoudens door de raad 'krachtens de wet' te bepalen uitzonderingen. De grondwetgever nam die laatste formule op om 'uit te sluiten dat de wet de toekenning van verordeningbevoegdheid aan een ander orgaan dan [...] de gemeenteraad delegeert'.<sup>30</sup> Opnieuw beoogt de formule 'krachtens de wet' dus delegatie van de daarin bedoelde bevoegdheid uit te sluiten.

#### 4. Toepassingen van de algemene bepaling

Volgens de Staatscommissie heeft de algemene bepaling twee functies. Ten eerste geldt zij als zelfstandige norm waaraan de rechter bijvoorbeeld (lagere) wetgeving en andere overheidsbesluiten kan toetsen.<sup>31</sup> Ten tweede fungeert zij als interpretatierichtsnoer voor de overige bepalingen van de Grondwet. De commissie acht deze laatste functie de belangrijkste.<sup>32</sup> Ik bespreek per functie enkele mogelijke toepassingen van de algemene bepaling.

##### 4.1 Toepassingen van de algemene bepaling als zelfstandige norm

Welke concrete betekenis voor het Nederlandse recht zou de algemene bepaling als zelfstandige norm kunnen hebben als de grondwetgever besluit haar over te nemen?

De bepaling bindt de gehele overheid en de rechter kan toezien op naleving ervan door overheidshandelingen en -besluiten aan de algemene bepaling te toetsen, mits art. 120 Gw. daaraan niet in de weg staat.<sup>33</sup> Dat naleving van de bepaling bij de rechter kan worden afgedwongen, is niet vanzelfsprekend. Dat geldt met name voor het eerste lid van de bepaling, dat luidt: 'Nederland is een democratische rechtsstaat.' De commissie heeft zich bij die keuze vermoedelijk laten inspireren door het Duitse *Grundgesetz*, dat een met dat lid vergelijkbare bepaling bevat.<sup>34</sup> De Duitse rechter, en in het bijzonder het *Bundesverfassungsgericht*, is bevoegd aan

die bepaling te toetsen. Niet in alle landen toetst de rechter echter aan zulke bepalingen. Zo eist de *Guarantee Clause* van de Amerikaanse Constitutie dat de Staten een republikeinse regeringsvorm hebben,<sup>35</sup> maar is de rechter niet bevoegd aan die *Clause* te toetsen. Zij bevat – volgens het Amerikaanse Hooggerechtshof – een politieke norm waarvan de handhaving moet worden overgelaten aan de politieke ambten.<sup>36</sup> Het getuigt van vertrouwen in de rechter dat de commissie meent dat het eerste lid van de algemene bepaling een norm is die door de rechter kan worden gehandhaafd. Het is echter ongewis tot welke uitkomsten toepassing van die norm in een concreet geval leidt. Ik geef daarvan een voorbeeld.

Volgens de Staatscommissie omvat de notie van de democratische rechtsstaat onder meer het democratiebeginsel. Dat beginsel houdt volgens haar, zoals gezegd, onder meer in dat het bestuur verantwoording moet afleggen aan volksvertegenwoordigende ambten. Wat betekent dat nu bijvoorbeeld voor zelfstandige bestuursorganen (ZBO's)? Deze ambten hebben eigen bevoegdheden, terwijl zij geen verantwoording hoeven af te leggen aan enig volksvertegenwoordigend ambt over het door hen gevoerde beleid. Evenmin hoeft de minister daarover verantwoording af te leggen aan de Kamers, omdat ZBO's eigen bevoegdheden hebben en de bij hen werkzame personen niet aan de minister ondergeschikt zijn, zodat hij hun geen aanwijzingen kan geven.<sup>37</sup> Volgens de definitie van de Staatscommissie zijn zulke ZBO's daardoor in strijd met de democratische rechtsstaat en dus ongrondwettig.

Stel nu dat op een ZBO de Kaderwet zelfstandige bestuursorganen van toepassing is, zodat de minister beleidsregels voor het orgaan kan vaststellen.<sup>38</sup> In dat geval is de minister – anders dan het hiervóór beschreven geval – wel verantwoordelijk. Welke gevolgen heeft dat voor de grondwettigheid van deze ZBO's? Redt zij het ZBO van de juridische dood? Of staat de minister te ver af van dit bestuursorgaan om daarover op grondwettige wijze aan de Kamer verantwoording te kunnen afleggen? Of is een tussenpositie mogelijk, waarin bijvoorbeeld de bestuursbevoegdheden van het ZBO wel, maar zijn bevoegdheid tot het vaststellen van wettelijke voorschriften niet verenigbaar is met de democratische rechtsstaat, omdat voor die laatste bevoegdheid – zoals sommige auteurs verdedigen – een sterkere verantwoordingsplicht moet bestaan dan voor de eerste.<sup>39</sup>

Niet alleen het eerste lid van de algemene bepaling roept zulke toepassingsvragen op. Ook het tweede lid van de bepaling doet dat.

Het tweede lid van de algemene bepaling ('De overheid eerbiedigt en waarborgt de menselijke waardigheid, de grondrechten en de fundamentele rechtsbeginselen') leent zich er het best voor de Grondwet in het hart van het publieke debat te plaatsen, zoals de Staatscommissie graag wil.<sup>40</sup>

35 De Clause luidt: '*The United States shall guarantee to every state in this union a republican form of government*'.

36 Bijv. U.S. Supreme Court 19 februari 1912, 223 U.S. 118 (Pacific States Telephone and Telegraph Co. v. Oregon).

37 D.J. Elzinga & R. de Lange (m.m.v. H.G. Hoogers), *Van der Pot. Handboek van het Nederlands staatsrecht*, Deventer: Kluwer 2006, p. 835. Vaak bestaat er overigens wel ministeriële verantwoordelijkheid voor zulke ZBO's, maar is de omvang daarvan slechts marginaal, namelijk voor zover de bevoegdheid van de minister reikt. In veel gevallen kan hij bijvoorbeeld besluiten van zo'n ZBO vernietigen.

38 Art. 2 jo. art. 20 Kaderwet zelfstandige bestuursorganen.

39 Vgl. Schlössels en Zijlstra 2010, p. 625.

40 Zie paragraaf 2.

Een blik over de grens leert dat met name de ‘menselijke waardigheid’ voor zo’n discussie hoge ogen gooit. Het begrip is immers zó vaag dat vrijwel alle – ook hoogst particuliere – morele voorkeuren ermee als juridisch bindende norm kunnen worden gepresenteerd. Zo is de menselijke waardigheid voor de Duitse rechter bijvoorbeeld aanleiding om *laser games* waarbij deelnemers op elkaar met laserpistolen ‘schieten’ niet toe te staan omdat zij geweld verheerlijken;<sup>41</sup> *peepshows* ongrondwettig te achten vanwege, onder meer, de mechanische wijze van betaling voor zo’n show, de open en dicht gaande vensters en de onzichtbaarheid van de toeschouwer voor de optredende vrouw die daardoor wordt gedegradeerd tot een commercieel object, ook al vindt zij zelf van niet;<sup>42</sup> de wetgever te verplichten abortus in beginsel strafbaar te stellen<sup>43</sup> en dwergwerpen te verbieden.<sup>44</sup> Ook in de literatuur bestaat een levendige discussie over de reikwijdte van de menselijke waardigheid. Rond de eeuwwisseling vroegen diverse auteurs zich met een beroep op de *peepshow*-uitspraak bijvoorbeeld af of het televisieprogramma *Big Brother* daarmee niet in strijd was.<sup>45</sup> Het derde lid van de algemene bepaling is – in vergelijking met de eerste twee leden – glashelder. Het is echter ook streng: elke uitoefening van openbaar gezag moet rechtstreeks berusten op de wet of de Grondwet. Het is daarmee strenger dan art. 89 Gw. (alleen AMvB’s door straffen te handhaven moeten berusten op de wet), *Fluoridering* (voor zeer ingrijpend feitelijk overheidsoptreden is een wettelijke grondslag vereist)<sup>46</sup> en *Meerenberg* (wetgevende bevoegdheid moet te herleiden zijn tot de wet of de Grondwet).<sup>47</sup> Het criterium is zó streng dat het vrijwel onwerkbaar is. Zo zal de Algemene wet bestuursrecht erdoor voor een deel van zijn werking worden beroofd, omdat tal van bestuursorganen in de zin van die wet hun bevoegdheid niet rechtstreeks ontleen aan de wet of de Grondwet. Hoe streng het criterium is, illustreert een huis-tuin-en-keuken-voorbeeld. De klaar-over bij de plaatselijke basisschool – een verkeersbrigadier – is met openbaar gezag bekleed: bestuurders zijn verplicht hun stopteken op te volgen. Die bevoegdheid berust echter niet op de wet, maar op het Reglement verkeersregels en verkeerstekens 1990, een AMvB.<sup>48</sup> Wordt de voorgestelde algemene bepaling in de Grondwet opgenomen, dan geven de klaar-overs hun stoptekens onbevoegd, zodat bestuurders ze niet hoeven op te volgen.

#### 4.2 Toepassingen van de algemene bepaling als interpretatierichtsnoer

De Staatscommissie zegt zelf het meest te verwachten van de algemene bepaling als interpretatierichtsnoer: andere bepalingen van de Grondwet (en de wet) moeten worden uitgelegd in het licht van de algemene bepaling.<sup>49</sup>

41 BVerwG 24 oktober 2001, 115 E 189, 200.

42 BVerwG 15 december 1981, 64 E 274, 278-279.

43 BVerfG 25 februari 1975, 39 E 1.

44 VG Neustadt 21 mei 1992, NVwZ 1993, 98 e.v..

45 Vgl. H. Hartwig, ‘Big Brother’ und die Folgen’, *JZ* 2000, p. 970, met verwijzingen.

46 HR 22 juni 1973, *NJ* 1973, 386.

47 HR 13 januari 1879, *W.* 4330.

48 Art. 2 WvW 1994 jo. art. 82, derde lid, RVV 1990.

49 *Rapport Staatscommissie Grondwet* 2010, p. 39.

Hoe de toepassing van de algemene bepaling als interpretatierichtsnoer werkt, illustreert de commissie op enkele plaatsen in haar rapport. Ik geef daarvan twee voorbeelden.

Volgens art. 94 Gw. laat de rechter wettelijke voorschriften buiten toepassing indien hun toepassing onverenigbaar is met een ieder verbindende bepalingen van verdragen en van besluiten van volkenrechtelijke organisaties. Binnen de Staatscommissie leeft de gedachte dat wettelijke voorschriften echter niet ex art. 94 Gw. buiten toepassing moeten blijven als daarmee ‘de constitutionele beginselen die ten grondslag liggen aan de democratische rechtsstaat’ worden aangetast. Volgens de helft van de leden van de commissie heeft het echter ‘weinig toegevoegde waarde’ om die beperking in de tekst van art. 94 Gw. op te nemen, omdat de rechter deze constitutionele beginselen reeds behoort te waarborgen op grond van de algemene bepaling.<sup>50, 51</sup>

Het tweede voorbeeld betreft de interpretatie van de art. 91 en 92 Gw. Uit die bepalingen volgt dat de Nederlandse verdragssluitende bevoegdheid – naar nationaal recht – onbeperkt is. Volgens sommigen is dat onwenselijk. Zij vrezen een te vergaande Europese integratie. De Staatscommissie acht het echter onnodig die integratie grondwettelijk te regelen. Zij voert daartoe onder meer aan dat de algemene bepaling reeds ‘de verdeling van bevoegdheden tussen de verschillende overheden’ waarborgt,<sup>52</sup> hoewel van zo’n beperking uit de tekst van art. 91 en 92 Gw. niet blijkt.

Deze voorbeelden laten zien dat de Staatscommissie een grote interpretatievrijheid veronderstelt bij de door haar voorgestelde waardenconforme uitleg van de Grondwet: zij ziet in de algemene bepaling aanleiding om grondwetsbepalingen zelfs in strijd met hun tekst uit te leggen. Ik ben daar geen voorstander van, omdat zo’n vrije interpretatie de onzekerheid over de betekenis van grondwetsbepalingen vergroot en de mogelijkheid biedt belangrijke elementen van ons staatsbestel te wijzigen zonder dat daaraan een uitdrukkelijk besluit van de (democratisch gelegitimeerde) grondwetgever vooraf gaat.

De Staatscommissie acht de interpretatiefunctie van de algemene bepaling niet alleen van belang voor de uitleg van afzonderlijke bepalingen van de Grondwet, maar dicht haar ook een belangrijke rol toe bij het beslechten van geschillen over botsende grondrechten en bij het bepalen van de kern van een grondrecht. De menselijke waardigheid speelt daarbij een hoofdrol. Als grondrechten botsen, komt volgens de commissie aan het grondrecht dat het nauwst verband houdt met die waardigheid, het meeste gewicht toe. Op dezelfde wijze zou ook de kern van een grondrecht kunnen worden bepaald.<sup>53</sup> Over het nut van deze ‘leidraad’ ben ik somber gestemd. Ik zie niet in hoe een vage norm als de menselijke waardigheid houvast kan bieden bij zulke moeilijke morele afwegingen.

<sup>50</sup> *Rapport Staatscommissie Grondwet 2010*, p. 128-129. In de woorden van de commissie: de rechter moet deze beginselen reeds in zijn ‘afweging’ (of hij art. 94 Gw. toepast?) betrekken.  
<sup>51</sup> Begrijp ik het goed, dan is de andere helft van de Staatscommissie het daarmee niet oneens, maar meent zij dat een afzonderlijke bepaling meer duidelijkheid verschaft.

<sup>52</sup> *Rapport Staatscommissie Grondwet 2010*, p. 109.

<sup>53</sup> *Rapport Staatscommissie Grondwet 2010*, p. 42.

Zouden de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State en de Hoge Raad – als zij kennis hadden gehad van deze leidraad – in de SGP-zaak de afweging tussen het gelijkheidsbeginsel en de vrijheid van godsdienst anders of beter hebben gemaakt?

## **5. Versterkt de algemene bepaling de normativiteit van de Grondwet?**

De Staatscommissie wil met de voorgestelde algemene bepaling de normatieve kracht van de Grondwet versterken. De bepaling moet er – in combinatie met de andere voorstellen – toe leiden dat de Grondwet toegankelijker wordt, dat wil zeggen: ervoor zorgen dat de belangrijkste regels van ons staatsbestel in duidelijke bewoordingen in de Grondwet zijn terug te vinden en eruit zijn te kennen. Deze toegankelijkheid zal ertoe leiden dat de Grondwet als fundamenteel toetsingskader gaat fungeren waardoor het vertrouwen in, en het gezag van, de overheid toeneemt. Ik betwijfel of de algemene bepaling dat doel kan bereiken.

Wat de precieze betekenis is van de eerste twee leden van de algemene bepaling ('Nederland is een democratische rechtsstaat' en 'De overheid eerbiedigt en waarborgt de menselijke waardigheid, de grondrechten en de fundamentele rechtsbeginselen'), is moeilijk te doorgronden. Nergens in haar rapport geeft de Staatscommissie een uitputtende opsomming van de beginselen die aan de democratische rechtsstaat ten grondslag liggen. Het rapport bevat evenmin zo'n opsomming van de fundamentele rechtsbeginselen waarnaar het tweede lid verwijst. De beginselen die de Staatscommissie wel noemt, zijn vaag; veel vager dan de normen die de Grondwet nu reeds bevat. Die onbestemdheid van het democratiebeginsel, de verdeling der machten, maar bovenal de menselijke waardigheid, heeft tot gevolg dat uit die beginselen met recht allerlei, ook met elkaar strijdige, uitkomsten kunnen worden afgeleid. De interpretatieve functie die de Staatscommissie aan de genoemde beginselen toedicht, leidt er tot slot toe dat andere, op zichzelf duidelijke bepalingen vervolgens iets anders kunnen betekenen dan hun tekst zegt.

Deze ondoorgrondelijkheid van de eerste twee leden van de algemene bepaling staat in de weg aan de verwezenlijking van de doelstellingen van de Staatscommissie. Haar ideaal van een kenbare, toegankelijke Grondwet komt erdoor niet dichterbij, maar drijft erdoor juist verder weg. Hoewel ik vermoed dat die ondoorgrondelijkheid er wel toe zal leiden dat de Grondwet in het publieke debat een belangrijke rol zal spelen, denk ik niet dat dit het soort debat zal zijn waarop de Staatscommissie hoopt. Begrippen als de democratische rechtsstaat en de menselijke waardigheid lenen zich immers bij uitstek voor juridisch ingeklede, hoogst

particuliere waardeoordelen die in een samenleving voor meer verdeeldheid dan eenheid zorgen.

Zijn de eerste twee leden van de algemene bepaling vaag; het derde lid is in vergelijking daarmee glashelder. Het doel van dat artikellid – codificatie van het legaliteitsbeginsel – spreekt mij zeer aan. Het tekstvoorstel van de Staatscommissie is echter zó streng en vergt zulke ingrijpende wetswijzigingen, dat óf de grondwetgever zal besluiten het overgangsregime van art. 140 Gw. erop van toepassing te laten zijn, zodat besluiten die in strijd zijn met de bepaling van toepassing blijven totdat zij in overeenstemming met de Grondwet zijn gebracht, óf de kans groot is dat de wetgever en de rechter zich niet strikt zullen houden aan de toepassing van het artikellid, welk lot bijvoorbeeld ook het leerstuk van de bijzondere beperkingen van grondrechten ten deel is gevallen.<sup>54</sup> In beide gevallen is het artikellid (nog lange tijd) geen goede weergave van het geldende recht. Zo komt ook een betrekkelijk duidelijke bepaling de toegankelijkheid van de Grondwet niet ten goede.

54 Overigens zou ook een redactie volgens welke dat overheidsgezag te *herleiden* moet zijn tot de wet of de Grondwet een niet onaanzienlijke wijziging van ons recht betekenen. Onbevoegd om publiekrechtelijke rechtshandelingen te verrichten zullen dan bijvoorbeeld zijn overheidsstichtingen en bestuursorganen die hun gezag ontleen aan een aan hen opgedragen 'publieke taak'.



# Grondwettelijk recht op eerlijk proces en toegang tot de rechter: goede aanzet, maar ook gemiste kans

B.J.G. LEEUW\*

P.A.M. MEVIS\*\*

## 1. Inleiding

In deze bijdrage besteden wij aandacht aan de voorstellen van de Staatscommissie inzake het opnemen in de Grondwet van een recht op een eerlijk proces alsmede een recht op toegang tot de rechter. Na een aantal inleidende opmerkingen plaatsen we het rapport van de Staatscommissie in de context waarin het tot stand is gekomen. Daarna gaan we in op de twee specifieke rechten waarom het in deze bijdrage gaat, het recht op een eerlijk proces en het recht op toegang tot de rechter. Tot slot wijden wij nog enkele woorden aan de wijze waarop deze rechten zouden moeten worden uitgewerkt in de Grondwet.

De Staatscommissie komt tot de aanbeveling beide rechten in de Grondwet op te nemen. Wie ons voorbereidend werk ter zake heeft gelezen, zal het niet verbazen dat wij die aanbeveling ondersteunen.<sup>1</sup> ‘Gelukkig’ bestaat op het punt van deze aanbeveling unanimititeit binnen de commissie.<sup>2</sup> Wij hoeven ons in elk geval ter zake van die grondslag niet door een woud van meer of minder, grotere of kleinere meerder- of minderheden heen te worstelen. Het is echter jammer dat de argumentatie die de commissie gekozen heeft om de toevoeging van deze rechten te bepleiten vrij algemeen en beperkt is. Er zijn meer en dringender argumenten te noemen die opname van deze rechten de moeite waard maken dan die welke de Staatscommissie gebruikt.

Bij de invulling van de nadere uitwerking van de aanzet tot het opnemen van beide rechten in de Grondwet in het rapport, treedt wel verdeeldheid binnen de commissie aan het licht. We nemen de vrijheid bij het bespreken van de invulling van de verdere onderdelen van de voorstellen enigszins van deze verdeeldheid te abstraheren, en voelen ons ontslagen van de plicht te analyseren welke meer- of minderheid gelijk heeft. We geven er de voorkeur aan ons op de inhoud en betekenis van de grondrechten te concentreren. Daartoe zullen we deze rechten in het bijzonder vanuit hun betekenis voor het strafrecht bekijken. Dat rechtsgebied vormt

\* Mr. B.J.G. Leeuw is promovendus bij de vakgroep strafrecht en criminologie aan de Erasmus Universiteit Rotterdam.

\*\* Prof.mr. P.A.M. Mevis is hoogleraar strafrecht en strafprocesrecht aan de Erasmus Universiteit Rotterdam.

<sup>1</sup> R. de Lange, B.J.G. Leeuw en P.A.M. Mevis, *Grondwet en het recht op een eerlijk proces, Algemene verkenning en uitwerking voor het strafrecht*, Alphen aan den Rijn: Kluwer 2009 met verdere literatuurverwijzingen en nog van daarna: P.A.M. Mevis, ‘Constitutionalisering en strafprocesrecht’, *Strafblad* 2008, p. 450-464. Zie ook de voorstudie over dit onderwerp van T. Barkhuysen, M.L. van Emmerik en J. H. Gerards, *De toegang tot de rechter en een eerlijk proces in de Grondwet? Behoefte de Nederlandse Grondwet aanvullen met een recht op toegang tot de rechter en een eerlijk proces*, Alphen aan den Rijn: Kluwer 2009.

<sup>2</sup> *Rapport Staatscommissie Grondwet* 2010, p. 59.

onze wetenschappelijke achtergrond, al hebben wij niet het idee dat onze observaties voor andere rechtsgebieden tot geheel andere conclusies zouden leiden. Juist ten aanzien van grondrechten als het eerlijk proces en – zij het wellicht iets minder – dat op toegang tot de rechter, gaat het om rechten die in de rechtspleging op de – ten opzichte van de Grondwet – bijzondere rechtsterreinen van het civiele recht, het bestuursrecht en het strafrecht moeten worden ingevuld. De Grondwet vormt het programmatieke kader dat in de rechtsgebieden moet worden geoperationiseerd, een wisselwerking die als zodanig van betekenis is. De discussies over plaats en inhoud van deze rechten in de Grondwet kunnen daarom niet zonder zelfstandige constitutionele inbreng worden beslecht. Dan gaat het bijvoorbeeld om de vraag in welk hoofdstuk van onze Grondwet, gelet op het karakter van de Grondwet c.q. de onderscheiden hoofdstukken, een recht op een eerlijk proces opgenomen zou kunnen of moeten worden. Maar die discussies kunnen ook niet worden beslecht zonder vorm, plaats, inhoud en betekenis van deze rechten te bezien, juist in de context van de rechtspleging in de bijzondere vakgebieden. Daarbij is van belang wat de mogelijke toegevoegde waarde van de grondwettelijke grondrechten is voor de regeling en toepassing van de rechtspleging op de afzonderlijke rechtsterreinen. Op die samenhang wordt in het rapport niet ingegaan en daarmee is een eerste gebrek aangewezen. Dat kritiekpunt van het ontbreken van samenhang met de rechtsgebieden in de onderbouwing van de commissievoorstellen kunnen we ook anders – en scherper – zeggen: de leden van de staatscommissie die geen reden zien het verbod op foltering of andere wrede, onmenselijke of vernederende behandeling of bestraffing in de Grondwet op te nemen, zijn niet of te weinig recent in Nederlandse gevangenissen geweest;<sup>3</sup> al maakt anderzijds het voorstel om de bescherming van de menswaardigheid in een in de Grondwet op te nemen algemene bepaling, vanuit dit perspectief een sympathieke indruk. Dat verbod op foltering lijkt een ander onderwerp dan het eerlijk proces, maar bezien vanuit de samenhang met de bijzondere rechtsgebieden (bijvoorbeeld met het penitentiair recht) kan blijken dat argumenten voor het opnemen van andere rechten ook voor het eerlijk proces relevant zijn c.q. en omgekeerd: dat argumenten om het recht op een eerlijk proces in de Grondwet op te nemen ook van belang zijn in de discussie over grondwettelijke verankering van andere rechten.<sup>4</sup> Precies die onderlinge relevantie blijft door de benadering van de Staatscommissie op zijn minst genomen onderbelicht.

## arti- kelen

3 Voor alle duidelijkheid: de – ultrakorte – argumentatie van de voorstanders doet ten aanzien van hen niet onmiddellijk het tegendeel vermoeden.

4 Zie voor het penitentiare recht J. de Lange en P.A.M. Mevis, 'De beoordeling van de menswaardigheid van detentiesituaties', *Sancties* 2003, p. 157-167.

## 2. De context: (enig) begrip maar ook (veel) aarzeling

Laten we beginnen met enig begrip op te brengen voor de Staatscommissie. Zij werd ingesteld met een beperkte taakopdracht,<sup>5</sup> zonder duidelijke opgaven of geanalyseerde problemen mee te krijgen; gaandeweg kwam het de politiek bovendien wel handig uit nog wat kwesties uit lopende discussies bij de Staatscommissie te parkeren.<sup>6</sup> De instelling van de commissie als zodanig stuitte verder niet overal op applaus. De oppositiepartijen in de Tweede Kamer waren bijvoorbeeld niet positief en met een opvallend gebrek aan verbeelding zag de Raad van State er ook niets in.<sup>7</sup> De redactie van het NJCM-Bulletin schreef een beschouwing met als ondertoon de vraag of we in Nederland niets beters te doen hebben.<sup>8</sup> Dit alles gaf naar ons idee een verkeerd signaal,<sup>9</sup> waarbij wij overigens wel hadden gehoopt dat het rapport van de Staatscommissie wat meer dan thans het geval is, had kunnen helpen die kritiek te weerleggen. De Staatscommissie was vervolgens maar een beperkt tijdsbestek van ruim een jaar gegeven. Toegegeven: zij nam zelf nog weer het onderwerp constitutionele toetsing erbij, maar zij deed dit wel binnen het kader van de wat vagere onderdelen van de opdracht.<sup>10</sup> Die taakuitbreiding is gezien de samenhang met die andere onderdelen van de opdracht ook wel te begrijpen, ondanks het feit dat er al een initiatiefwetsvoorstel ligt. Maar om de Staatscommissie dan te verwijten dat het 'spijtig' is dat zij zich niet aan een 'diepgaande modernisering' heeft gewaagd,<sup>11</sup> is een volkomen miskenning van het beperkte kader waarbinnen zij moest opereren. Wie het vermoeden bekruipt dat ons begrip voor de Staatscommissie wel de voorbode zal zijn voor de nodige kritiek, heeft daarin gelijk. We abstraheren in die kritiek allereerst maar van het punt van de meer- en minderheden, van de omvang en diepgang van bepaalde redeneringen en de onderbouwing van opvattingen en voorstellen<sup>12</sup> en van het ontbreken van inhoudelijke discussie met de diverse voorstudies. Het hele rapport staat in het teken van de algemene benadering die voorzichtig en terughoudend kan worden genoemd. De noodzaak tot wijziging van de Grondwet wordt vooral gezien vanuit een zekere wens de zaak 'up to date' te houden, er is 'voldoende aanleiding'<sup>13</sup> om het normatief karakter van de Grondwet te versterken. Nader toegespitst op de discussie over het opnemen van nieuwe rechten in de Grondwet (zoals het recht op een eerlijk proces en het recht op toegang tot de rechter), bekijkt de Commissie in onderdeel 2.3 de zaak vanuit 'de rechtsbescherming'.<sup>14</sup> Zij concludeert dat, als fundamentele rechten al in internationale verdragen zijn vastgelegd, het opnemen ervan in de Nederlandse Grondwet alleen aangewezen is, wanneer een dergelijk grondwettelijk recht 'ruimere bescherming'<sup>15</sup> zou bieden. Is dat niet het geval, dan geldt dat het 'strikt juridisch genomen niets uitmaakt' (en dan acht de commissie het opnemen ervan 'ook niet nodig':

5 *Rapport Staatscommissie Grondwet 2010*, par. 1.1.

6 *Rapport Staatscommissie Grondwet 2010*, par. 1.4.

7 *Kamerstukken II 2007/08*, 31 570, nr. 3.

8 Zie het redactioneel 'Liever een gedegen grondrechtenbescherming dan een 'toegankelijkke' Grondwet', *NJCM-Bulletin* 2008, p. 911-913.

9 Nader toegelicht in *NJCM-Bulletin* 2008, p. 1119-1120.

10 *Rapport Staatscommissie Grondwet 2010*, par. 5.1.

11 Aldus H. Engels in SC van 1 december 2010. De auteur is zowel hoogleraar staatsrecht als voorzitter dan de D66-fractie in de Eerste Kamer, zo vermeldt het bericht. Het bericht vermeldt niet, in welke hoedanigheid het stuk is geschreven.

12 Het recht op een eerlijk proces en dat op toegang tot de rechter wordt, samen met het recht op leven, in 10 pagina's met – laten we zeggen: een open bladspiegel – besproken, voorzien van 18 voetnoten waarvan 8 bestaan in het aanduiden van meer- of minderheden binnen de commissie.

13 *Rapport Staatscommissie Grondwet 2010*, p. 24.

14 *Rapport Staatscommissie Grondwet 2010*, p. 25; een omschrijving van wat de Staatscommissie daaronder precies begrijpt, ontbreekt.

15 *Rapport Staatscommissie Grondwet 2010*, p. 25 en p. 32.

p. 57). Wel 'kan' het dan 'wenselijk' zijn dergelijke rechten toch in de Grondwet op te nemen.<sup>16</sup> Tot zover het algemene criterium dat de Staatscommissie gebruikt om te adviseren over het al dan niet opnemen van een bepaald grondrecht. In die benadering wordt een grondwettelijk recht als het ware slechts ter aanvulling 'naast' de verdragsbepaling gezet als vooral van betekenis voor zover de grondwettelijke bepaling als subsidiaire restbepaling een ruimer bereik heeft. Een echt probleem of anderszins geanalyseerde noodzaak tot wijziging van de Grondwet wordt hier niet geconstateerd of ontwikkeld. Enige urgentie, overtuiging of (politieke) wil tot verandering stijgt er niet uit op. Nu getuigt het wat rustige uitgangspunt van de commissie ('bij de tijd houden') ook wel van een te prijzen nuchtere terughoudendheid, maar toch. Niet alleen wint men op deze wijze (naar vorm en inhoud) de slag om enige grondwetswijziging niet (ook niet ten aanzien van de beperkte veranderingen die de Staatscommissie toch ook zelf wenst), maar deze terughoudendheid is naar onze overtuiging inhoudelijk bepaald te mager. Dat geldt zowel voor het algemene criterium van meer rechtsbescherming, maar vooral ook ten aanzien van het recht op een eerlijk proces en het recht op toegang tot de rechter. Er zijn ter zake gronden die met iets minder vrijblijvendheid tot het opnemen van deze grondrechten in de nationale Grondwet dringen. Hieronder zullen enkele van die gronden nader worden genoemd en besproken, al biedt het beperkte kader van deze bijdrage niet de ruimte om elk punt gedetailleerd uit te werken.

Gezegd zij wel nog dat de Staatscommissie in haar hoofdstukonderdeeltje over de wenselijkheid van het opnemen van het recht op een eerlijk proces en het recht op toegang tot de rechter, concreter en duidelijker is dan elders in het rapport, en dat zij ook meer noodzaak tot wijziging door het opnemen van deze rechten formuleert.<sup>17</sup> Dan duikt bijvoorbeeld ineens<sup>18</sup> het besef op dat grondrechtenbescherming eerst en vooral een kwestie is van de eigen verantwoordelijkheid van de staat, die goed kan (en dan ook: moet) worden uitgeoefend, juist omdat opnemings – zoals de commissie terecht stelt<sup>19</sup> – 'niet afdoet' aan de bescherming die internationale catalogi bieden. Dat is wel een wat ander, bijna tegenovergesteld uitgangspunt dan het criteria van 'ruimere bescherming', al verdeelt dit criterium de commissie toch weer. Er is wel unanimitieit op het punt van eerlijk proces en toegang tot de rechter, maar alleen omdat en voor zover ook een minderheid in de Commissie voor opname van deze rechten in de Grondwet is omdat die rechten voldoen aan het voor die minderheid wenselijke criterium van 'grondrechten die nu slechts gedeeltelijk of niet grondwettelijk zijn beschermd en die naar het oordeel van de Staatscommissie ook onvoldoende bescherming vinden in een ieder verbindende verdragsbepalingen'.<sup>20</sup> Het criterium van 'ruimere rechtsbescherming' zorgt dus voor de

16 *Rapport Staatscommissie Grondwet 2010*, p. 31.

17 De pennenstreken worden ineens ruimer. Klinkt daarin oplichting door over het feit dat het nu eens gaat over een voorstel waarover – althans in aanzet – binnen de commissie unanimitieit bestaat?

18 *Rapport Staatscommissie Grondwet 2010*, p. 58.

19 *Idem*.

20 *Rapport Staatscommissie Grondwet 2010*, p. 59.

unanimiteit en niet de eigen verantwoordelijkheid van de Staat voor de optimale bescherming van een grondrecht, ongeacht het internationale kader.<sup>21</sup>

### 3. Sterkere noodzaak

In het kader van de bespreking van het opnemen van een recht op een eerlijk proces in de Grondwet, kunnen wij van de unanimiteit van de commissie uitgaan. Nochtans is naar ons oordeel de grondslag voor dit voorstel, ook daar waar een deel van de commissie ten aanzien van juist dit recht een sterkere en meer urgentie uitstralende argumentatie ontwikkelt, als gezegd te mager. Eerst volgt in dat kader een opmerking over dat 'ruimere' karakter van rechtsbescherming dat de Staatscommissie hanteert. Vervolgens bespreken we een belangrijk argument dat voor opname van het recht op een eerlijk proces pleit maar door de Staatscommissie in het geheel niet besproken wordt.

Hoe de tekst van een grondwettelijke bepaling inzake het eerlijk proces naar vorm en inhoud precies moet luiden, houdt de Staatscommissie bijkins paragraaf 7.3.4 meteen alweer nader verdeeld. Opmerkelijk is daarbij dat een minderheid het woord 'burgerlijke' uit de (Nederlandse vertaling van de) tekst van art. 6 EVRM niet wil overnemen in de nationale Grondwet teneinde een ruimer bereik aan te duiden. Laten we toch eerst en vooral niet onbescheidener zijn dan aangewezen: het EVRM is er in Engelse en Franse tekst, alle andere talen zijn '*non-official translations*'. Het Engelse '*civil*' vat het EHRM steeds meer en vaker op, niet als 'burgerlijk', maar in de Angelsaksische betekenis van '*civil rights*' (vrijheidsrechten). Dienovereenkomstig wordt '*determination of civil rights*' (het gaat niet alleen om '*civil*', maar ook om '*determination*') steeds ruimer uitgelegd. Er komen daarmee dus steeds meer procedures onder het bereik van art. 6 EVRM.<sup>22</sup> Toegegeven, de toepassing van een grondwettelijke bepaling op bijvoorbeeld het belastingrecht moet even vanzelfsprekend zijn als de toepassing op het strafrecht en niet van een '1 op 1'-vertaling van '*civil*' afhankelijk zijn, maar is discussie over de aanduiding '*civil*' als een te vermijden onderdeel van de grondwettelijke bepaling dan werkelijk het belangrijkste discussiepunt? De vraag stellen is haar beantwoorden en daarmee komen we een tweede, en veel belangrijker, aspect dat de Staatscommissie in het geheel niet noemt.

Dat tweede aspect schuilt met name ten aanzien van het recht op een eerlijk proces juist niet in die criteria van verdergaande bescherming door grotere reikwijdte van een grondwettelijke bepaling ten opzichte van internationale catalogi c.q. in verbetering van toegankelijkheid en consistentie of versterking van het normatieve karakter van de Grondwet. Dat

21 Idem.

22 Zie bijvoorbeeld EHRM (Grand Chamber), 17 september 2009, Appl. Nr. 74912/01 (Enea t. Italië) betreffende toepassing van art. 6 op beperkingen van familiecontacten van een gedetineerde. Het Hof overweegt dat deze 'clearly fell within the sphere of personal rights and were therefore civil in nature'.

betreft het aspect van wat wij hier verkort aanduiden als de bijdrage van een grondwettelijk recht op een eerlijk proces aan de rechtsvorming binnen de afzonderlijke rechtsterreinen, met name in procedures voor en door de hoogste rechter op de betreffende, nationale rechtsterreinen. Als gezegd, richten we ons hier dan vooral op het straf(proces)recht c.q. de strafkamer van de Hoge Raad der Nederlanden. Het aspect van de betekenis van een grondwettelijke bepaling voor de rechtsvorming in de afzonderlijke rechtsgebieden valt weer uiteen in enkele deelaspecten. We kunnen daarbij onderscheid maken tussen de betekenis van een grondwettelijke bepaling inzake het eerlijk proces voor de rechtsvorming op puur nationaal niveau en die voor de rechtsvorming tussen nationaal niveau en het internationale niveau, dat van het EVRM/EHRM voorop, hoewel de rechtsvorming op beide niveaus intrinsiek samenhangt, zoals we nog zullen betogen. Van groot belang daarbij is, dat het eerlijk proces niet 'is', maar gevonden moet worden, dat wil zeggen moet worden vormgegeven door de rechter op basis van de feiten en omstandigheden in het concrete geval binnen de contouren van recht en wet (inclusief verdragen) en met afweging van de vaak onderling nogal tegenstrijdige belangen die daarbij van de zijde der verschillende procesdeelnemers aan de orde zijn. Hoe om te gaan met bedreigde getuigen of afgeschermden getuigen? Hoe met verdachten ten aanzien van wie 'levenslang' op het spel staat, maar die weigeren zich van rechtsgeleerde bijstand te voorzien? Wanneer komt de kwaliteit van de rechtsbijstand door te verregaande bezuinigingen onder druk te staan? Spreekrecht voor het slachtoffer, maar dan ook ondervragingsrecht voor de verdachte? Hoe het strafproces zo in te richten dat de kans dat onschuldigen worden veroordeeld zo klein mogelijk wordt? Hoe te oordelen over vonnissen die om pragmatische redenen niet voldoende gemotiveerd zijn? Zelfs de noodzaak om een antwoord te geven op de vraag hoe om te gaan met 'raadsman en politieverhoor' is ons, anders dan wel eens wordt gedacht, niet alleen door Straatsburg aangereikt.

Natuurlijk: dit zijn geen van alle kwesties waarvan de precieze toepassingen in een concrete strafzaak door enige grondwettelijke bepaling inzake een eerlijk proces ook maar van een begin van antwoord zouden kunnen worden voorzien. Maar juist omdat het eerlijk proces in elke zaak weer binnen bepaalde contouren moet worden gevonden, is een expliciete normatieve context waarbinnen de discussie over die vormgeving, van het niveau van wetgeving tot op het niveau van vormgeving in de concrete strafzaak, reeds op nationaal niveau, in wisselwerking tussen Grondwet en strafprocessuele regelgeving, van belang en van betekenis. Een nationaal recht op een eerlijk proces geeft dan meer een handvat voor debat en rechtsvorming dan een recht uit een internationaal verdrag. Niet alleen

een volledig handvat (de Staatscommissie heeft gelijk als zij zegt dat de catalogus van rechten uit art. 6 EVRM maar fragmentarisch is), maar ook een in de rechtscultuur gemakkelijker aan te grijpen handvat. Kort aangege-  
duid gaat het daarbij om het volgende. De Grondwet staat dicht bij de nationale rechter dan het EVRM, is geïnspireerd door Nederlandse processuele cultuur en kan door de Hoge Raad worden geïnterpreteerd met die cultuur in het achterhoofd. Bij de interpretatie van het EVRM verbindt de Hoge Raad zich op dit moment aan de (minimum) interpretatie van Straatsburg, die soms ook niet altijd duidelijk is (zie de Salduz-discussie hieronder). Men late alleen al tot zich doordringen welke inhoudelijke discussie het zou (kunnen) losmaken als de grondwetgever een bepaling omtrent het eerlijk proces in de Grondwet zou opnemen, ook bijvoorbeeld in vergelijking met wat andere landen op constitutioneel niveau te bieden hebben. De wetgever zou bij wetsvoorstellen gehouden zijn op de relatie tot het eerlijk proces naar grondwettelijke begrippen en opvattingen in te gaan, in plaats van alleen maar naar internationale. Een dergelijke aanpak maakt dat de Grondwet een meer nadrukkelijke rol gaat spelen in het wetgevingsproces en aan waarde wint ten opzichte van het EVRM. Dan zou de vraag aan de orde kunnen komen of 'ons' eerlijk proces niet (reeds) een raadsman bij het politieverhoor verlangt, in plaats van ons blind te staren op het antwoord op de vraag of Straatsburg dit nu al of niet – of nog net niet – gezegd heeft. Het is naar Nederlands recht voorts thans niet vanzelfsprekend om aspecten van de inrichting van de rechtspleging (bijvoorbeeld de garantie van een onafhankelijke en onpartijdige, door de wet aangewezen rechter) onder het gezichtspunt van het recht op een eerlijk proces te bespreken. Men kan, mild gezegd, wel betogen dat daar aanleiding voor is, en (de introductie van) een grondwettelijke bepaling zal daartoe allicht kunnen aanzetten. In het zoeken naar het eerlijk proces in de concrete (straf)zaak, kan een grondwettelijke bepaling een sterkere legitimatie bieden aan rechtsvorming door de rechter ter zake, met name in geval van opheffing van het toetsingsverbod. Die legitimatie zoekt de Hoge Raad nu nogal eens in de 'beginselen van behoorlijke procesorde'. Dat mag wat explicieter en koninklijker. In de wisselwerking tussen rechter en wetgever op basis van nationale grondwettelijke bepalingen is in dit kader niet onbelangrijk dat de rechter wat vrijer zijn gang kan gaan omdat de wetgever hem in zijn interpretatie van nationaal recht kan corrigeren. Die mogelijkheid heeft de wetgever niet als de rechter zich op een ieder verbindende verdragsbepaling beroept.

Eenzelfde benadering is te formuleren als men er de wisselwerking tussen nationaal en Europees/EVRM-niveau bij betreft. Het is toch eigenlijk merkwaardig dat de Staatscommissie vertrekt vanuit het EVRM en alleen beziet in hoeverre een nationale bepaling *aanvullende* betekenis

kan hebben in de reikwijdte van art. 6 EVRM. Het is volstrekt helder, en ook door de Raad van Europa en het Europees Hof zelf meermalen beklemd, dat ook *binnen* de reikwijdte van art. 6 voor de realisatie van dat recht niet langer (zo al ooit) kan worden vertrouwd op primaire bescherming uit 'Straatsburg'. Het EHRM kan de stroom zaken niet meer aan en dringt ook om andere redenen aan op adequate bescherming op nationaal niveau. Bescherming op dat niveau vormt sowieso reeds de grondslag van de Conventie. Dan kan een meer doordachte omgang met grondrechten in de wisselwerking tussen (grond)wetgever en rechter op nationaal niveau hier bepaald ook ondersteunend werken in het creëren van een betere wisselwerking tussen het nationale en internationale niveau. In andere Europese landen is een ontwikkeling te zien van sterkere bescherming van grondrechten op nationaal niveau die leidt tot een dialoog tussen Straatsburg en de betreffende lidstaat. Uit onderzoek kan in dat kader blijken dat landen met een sterkere constitutionele traditie er beter van afkomen in Straatsburg<sup>23</sup>, terwijl zelfs geprobeerd kan worden de lijn van interpretatie van het Hof bewust te beïnvloeden, zoals het Britse *Supreme Court* in de *Horncastle*-zaak heeft geprobeerd te doen.<sup>24</sup> Positief gezegd kan dat ook zo worden uitgelegd dat versterking van het nationale niveau van grondrechtenbescherming (door regelgeving en opname in de Grondwet en daardoor ingezette versterking van rechtsvorming) leidt tot versterking van het recht op een eerlijk proces.

Vermeldenswaard in dat kader is dat het Britse *Supreme Court* in de zaak *Cadder* het *Salduz*-arrest zonder al te veel aarzelingen of overwegingen zo gelezen heeft dat aanwezigheid van de raadsman tijdens het verhoor noodzakelijk is.<sup>25</sup> Door als verdragstaat zelf het wellicht toch onvermijdelijke reeds als uitgangspunt te nemen, kan men bij de nadere invulling zelf rekening houden met nationale eigenaardigheden en vervolgens dit aan Straatsburg tonen. Ook wij zouden onze energie en creativiteit vast beter kunnen gebruiken door – in plaats van met het vergrootglas naar de laatste interpretatie van bewoordingen van het EHRM te staren – ons af te vragen hoe, uitgaande van dat recht op rechtsbijstand bij het verhoor, vrijheidsbeneming in de eerste fasen van het proces en bijbehorend verdachtenverhoor in strafzaken op een eerlijke wijze zou moeten worden vormgegeven. Dit is toch een wat andere ingang dan de benadering van de Staatscommissie die zich afvraagt in hoeverre de woorden van de tekst van een grondwettelijke bepaling zo kunnen worden geformuleerd dat, aanvullend aan art. 6 EVRM, een groter bereik kan worden gedefinieerd. Juist *binnen* de termen van art. 6 kan het recht op een eerlijk proces en de realisatie daarvan in de rechtspleging binnen de afzonderlijke rechtsgebieden worden versterkt. En daar moet het ons toch uiteindelijk ook om te doen zijn. Als dat zo is, dan is 'verdubbeling' van rechten (en niet alleen

23 B. Goold, L. Lazarus & G. Swiney, 'Public Protection, Proportionality and the Search for Balance', *Ministry of Justice Research Series* 10/07, Londen: September 2007.

24 Uitspraak van het Britse Supreme Court van 9 december 2009 [2009] UKSC 14.

25 [2010] UKSC 43, 26 oktober 2010 (*Cadder vs. Her Majesty's Advocate*).



aanvulling) van belang. Juist dat kan leiden tot 'ruimere rechtsbescherming' waaraan ook de Staatscommissie, maar in een te beperkte opvatting terzake, toetst.

We benadrukken andermaal: het recht op een eerlijk proces in de Grondwet is geen panacee voor alle vragen en problemen, de bovengeschetste dynamiek in de rechtsvorming is ook zonder grondwettelijke bepaling mogelijk en de Staatscommissie had niet de tijd een en ander allemaal nader af te wegen en te regelen. Maar het gaat nu juist niet om de precies afgebakende, vooraf aan te wijzen en weer te omlijnen meerwaarde. Het formuleren van het recht op een eerlijk proces in de Grondwet is inderdaad geen absolute noodzakelijkheid. Maar zo'n operatie is wel van iets groter belang dan alleen om de Grondwet 'bij de tijd te houden', juist gegeven de aard van het eerlijk proces in een dynamische (straf)rechtspleging van welke dynamiek de wisselwerking met Straatsburg een niet onbelangrijk deel uitmaakt. Zo'n recht kan een bijdrage leveren aan de rechtsvorming in het strafprocesrecht teneinde een eerlijk proces beter te (helpen) garanderen, als aansluiting op bestaande structuren en normen, maar ook – en wel zo belangrijk – als versterking van, en dus binnen, bestaande structuren. Wij menen dat de huidige stand van zaken in het strafrecht en de strafrechtelijke rechtsvorming en de daarbij op het spel staande belangen van dien aard is, dat – nu het binnen de bestaande structuren van de Grondwet mogelijk is om een dergelijke legitimerende waarborg te creëren<sup>26</sup> – er net even iets meer noodzaak daartoe bestaat dan de Staatscommissie veronderstelt en beschrijft.

#### 4. Toegang tot de rechter en de bestuurlijke boete

De Staatscommissie is ook terughoudend ten aanzien van de onderbouwing van de noodzaak tot het opnemen van het recht op toegang tot de rechter. In hoofdstuk 9 van haar rapport wordt dit aspect in verband gebracht met de sluipende ontwikkeling van de afgelopen decennia, waarbij de overheid bedacht heeft dat bestraffende sanctionering een onderdeel kan en moet zijn van bestuurlijke handhaving. Het is op dat punt maar goed dat we het EVRM hadden. De ietwat zalvende woorden van de commissie zouden bijna doen vergeten dat bij de eerste moderne poging ter zake (de WAHV), in eerste instantie verbeterd getracht is strafrechtelijke garanties buiten de deur te houden. En een Staatscommissie die zo hecht aan toegankelijkheid, consistentie en versterking van normatieve kracht, kan dan wel vaststellen dat in de rechtsbescherming rondom bestuurlijke sancties geen fundamentele gebreken (meer!, BL/PM) kleven, maar met de kopiëring van strafrechtelijke waarborgen in de Algemene wet bestuursrecht, toe te passen door een andere rechter, moet die

<sup>26</sup> Dat is iets anders dan 'richting geven aan rechterlijke activiteit' zoals de Staatscommissie het omschrijft (*Rapport Staatscommissie Grondwet 2010*, p. 62), iets dat naar haar mening 'minder goed' bij de 'stijl' (?), BL/PM) van de Grondwet past.

Staatscommissie toch niet echt blij zijn. Maar wij kunnen de Staatscommissie wel volgen dat ter zake bredere studie noodzakelijk is.<sup>27</sup> De studie die de Staatscommissie wil laten verrichten, zou wel eens kunnen uitdraaien op het doen aanpassen van de Grondwet aan die – inmiddels gegroeide – ontwikkelingen, bijvoorbeeld door het schrappen van art. 113 lid 1 Gw. (dat door de commissie terecht onder de aandacht is gebracht). Tegelijk heeft de Staatscommissie het gelijk aan haar zijde waar zij de huidige ontwikkeling gebruikt als onderbouwing van de noodzaak om het recht op toegang tot de rechter te garanderen. Het kenmerk van bestuurlijke bestraffing is immers dat het gaat om bestraffing door een ander orgaan dan een rechter. Dat recht op toegang tot de rechter stelt echter alleen dan iets voor als het leidt tot berechting, dat wil zeggen tot onderzoeken en beslissen door een rechter (in een eerlijk proces!) of de feiten waarvan iemand beschuldigd wordt juist zijn vastgesteld, of die feiten strafbaar zijn en de verdachte deswege strafbaar is, en zo ja, welke straf er moet volgen. Dat is iets anders dan het beslissen of een bestuursorgaan in redelijkheid tot sanctionering heeft kunnen besluiten. Het had geen kwaad gekund als de Staatscommissie in het kader van haar opdracht inzake de bestuurlijke boete, de piketpaaltjes iets nadrukkelijker had geslagen, juist ter onderbouwing van haar voorstel tot het opnemen van een recht op toegang tot de rechter.

In paragraaf 7.3. van het rapport wordt ter verdere onderbouwing, de nauwe samenhang beklemtoond tussen het eerlijk proces en het recht op toegang tot de rechter, vooral in het kader van de rechtsbescherming tegen de overheid. Ook in Straatsburg ligt het één (toegang) besloten in het ander (recht op berechting door een rechter als onderdeel van een eerlijk proces dat er alleen maar is als er voldoende toegang is). Wellicht is die twee-eenheid voor strafrechtjuristen nog wel vanzelfsprekender dan voor juristen uit andere rechtsgebieden. Ten aanzien van de enkele erkenning van dit recht, kan de Staatscommissie wel worden gevolgd in het feit dat beide rechten ook zulke verschillende articulaties kunnen hebben dat separate vermelding ervan in de Grondwet niet hoeft te misstaan. Een concrete toets aan 'ruimere bescherming dan internationale catalogi' ontbreekt overigens in dit onderdeel van het rapport.

## 5. Uitwerking van het recht op een eerlijk proces en van toegang tot de rechter

Met het voorstel tot het opnemen van een recht op een eerlijk proces respectievelijk recht op toegang tot de rechter, is men er natuurlijk niet. Hoe moet dat recht er naar vorm en inhoud uitzien en op welke plaats moeten deze grondrechten in de Grondwet worden opgenomen? Aan (discussie

<sup>27</sup> Al hadden wij graag gezien dat deze was verricht voordat de bedoelde ontwikkeling was ingezet en niet daarna.

over) deze kwesties moet de Staatscommissie de nodige tijd zijn kwijtgeeraakt. We geven maar even het overzicht:

- Moet het recht op toegang tot de rechter worden opgenomen in hoofdstuk 6 van de Grondwet (twee leden) of in hoofdstuk 1, namelijk in art. 17 (overige leden)?
- Moet in de formulering van het recht op een eerlijk proces aansluiting worden gezocht bij de omschrijving van art. 6 EVRM (twee leden) of bij die van art. 47 EU-Handvest (overige leden)?
- Moeten nadere rechten in de Grondwet worden uitgewerkt (in principe niet: alle leden), of toch in ieder geval het recht op behandeling van de zaak binnen redelijke termijn (twee leden)?

Laten wij ons in de beoordeling beperken tot twee observaties. De Staatscommissie heeft gelijk als zij erop wijst dat voor de verdere vormgeving van haar voorstellen, eigenlijk hoofdstuk 6 van de Grondwet op de schop moet. Daar is veel voor te zeggen en tegen de achtergrond van de mogelijke uitvoering van de voorstellen van de Staatscommissie nog meer. Dan kan een aantal kwesties en nadere keuzes ook in dat kader worden meegenomen. Belangrijker: in onze optiek gaat van een nationaal grondwettelijk recht op een eerlijk proces een noodzakelijk dynamisch-legitimerende werking uit naar de processuele rechtsvorming in de afzonderlijke rechtsgebieden. Daarin ligt de meerwaarde. Of volstaan kan worden met een algemene bepaling zonder deelrechten te noemen (zoals art. 6 EVRM wel doet) zou bijvoorbeeld afhankelijk kunnen worden gemaakt van het antwoord op de vraag in hoeverre de rechter (de Hoge Raad en andere hoogste rechters voorop) ook daadwerkelijk nader invulling zal geven aan de realisatie van een dergelijk, in de Grondwet slechts algemeen geformuleerd recht in de afzonderlijke rechtsgebieden. Indien niet verwacht kan worden dat de rechter uitgebreid zal interpreteren, ligt het toevoegen van (niet limitatieve) deelrechten voor de hand. Van de vorm en inhoud zal dan ook plaatsing in hoofdstuk 1 of in hoofdstuk 6 kunnen afhangen.

## 6. Afsluiting

Eén van ons heeft een grondwettelijk recht op een eerlijk proces al eens als een ‘nuttig’ recht omschreven. Dat ‘nut’ ligt op vele terreinen en de stand van zaken binnen de rechtsvorming rondom het eerlijk proces in het strafproces maakt het – naar ons oordeel – aangewezen dat nut nu ook daadwerkelijk te realiseren. De aanbeveling van de Staatscommissie om hiertoe dan ook over te gaan door voor te stellen dat recht op een eerlijk proces in de Grondwet op te nemen, is ook zeker toe te

juichen. In zoverre is sprake van een goed begin. Het is echter jammer dat de onderbouwing en de verdere uitwerking vrij mager is. De kwaadwillenden kunnen het ook lezen als 'het kan ook zonder'. Dan zou sprake zijn van een gemiste kans. De Staatscommissie had dit punt fermer kunnen aanzetten. Dat de aanbeveling om een recht op een eerlijk proces in de Grondwet op te nemen een van de weinige onderdelen is die – althans in zijn grondslag – op unanimititeit mocht rekenen, is daarbij een schrale troost.

# Grondrechten in het digitale tijdperk: driemaal is scheepsrecht?

L.F.M. VERHEY\*

\* Prof.mr. L.F.M. Verhey is hoogleraar staats- en bestuursrecht aan de Universiteit Maastricht.

<sup>1</sup> *Rapport Staatscommissie Grondwet 2010*, hoofdstuk 8 (p. 67-91).

<sup>2</sup> *Rapport Commissie Grondrechten in het digitale tijdperk*, Den Haag 2000. Zie voor het kabinetsstandpunt: *Kamerstukken II 2000/01*, 27 460, nr. 1. Voor een bespreking S. Nouwt, P. Blok, B.-J. Koops, M. Schellekens, E. Schreuders en M. de Vries, 'Grondrechten in het digitale tijdperk. Een reactie van het rapport', *NJB* 2000, p. 1321 e.v. Veel kritiek op het rapport kwam er uit Amsterdamse hoek: L. Asscher, 'Trojaans hobbelpaard. Een analyse van het rapport van de commissie Grondrechten in het digitale tijdperk', *Mediaforum* 2000, p. 228 e.v., E.J. Dommering, 'De nieuwe Nederlandse Constitutie en de informatietechnologie', *Computerrecht* 2000, p. 182-183, J.M. de Meij, 'Grondrechten in het digitale tijdperk', *NJCM-Bulletin* 2001, p. 274 e.v.

<sup>3</sup> Aan het rapport lag mede een rechtsvergelijkend onderzoek ten grondslag: A.K. Koekkoek, P.J.J. Zoontjens, F.M.C. Vlemminx, G. Leenknecht, J. Nouwt, E.J. Koops, H. van Schooten en R.J. Bos, *Bescherming van grondrechten in het digitale tijdperk: een rechtsvergelijkend onderzoek naar informatie- en communicatievrijheid en privacy in Zweden, Duitsland,*

## 1. Inleiding

Op 11 november 2010 heeft de Staatscommissie Grondwet haar rapport aan de verantwoordelijke bewindslieden aangeboden. Een onderdeel van het rapport bevat voorstellen tot actualisering van de grondwettelijke grondrechten in verband met de ontwikkeling van de informatietechnologie.<sup>1</sup> Het betreft voorstellen tot wijziging van art. 7 (de vrijheid van meningsuiting), art. 10 (de eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer) en art. 13 (het brief-, telefoon- en telegraafgeheim) Gw. De onderhavige bijdrage beoogt deze voorstellen te analyseren en van commentaar te voorzien.

Het onderwerp 'grondrechten in het digitale tijdperk' staat al lange tijd op de agenda. Eerdere pogingen om de Grondwet aan te passen aan de ontwikkeling van de informatietechnologie mislukten. De commissie beschikte voor dit thema derhalve over veel materiaal. In het bijzonder kan worden gewezen op het in 2000 uitgebrachte advies van de Commissie 'Grondrechten in het digitale tijdperk', ook wel de commissie-Franken genoemd.<sup>2, 3</sup> Het werk van deze commissie was destijds tevergeefs. In 2004 werd na zeer kritische advisering door de Raad van State besloten om af te zien van indiening van de op het rapport van de commissie-Franken gebaseerde concept-wetsvoorstellen.<sup>4</sup> Kennelijk achtte de regering in 2008 de tijd rijp voor een nieuwe poging. Zonder zichtbare aanleiding verscheen het thema in de opdracht van de Staatscommissie Grondwet.<sup>5</sup>

De Staatscommissie heeft in het overvloedige materiaal 'een belangrijke basis gevonden voor haar discussies'.<sup>6</sup> Dat heeft niet geleid tot kopiëring van eerdere voorstellen. Integendeel, de commissie neemt eigen standpunten in over de problematiek en komt op grond daarvan tot nieuwe voorstellen. Dat is een verstandige benadering. Gezien de scherpe kritiek op de eerdere voorstellen en gegeven het feit dat de technologie sinds 2004 zich verder heeft ontwikkeld, was er voldoende aanleiding tot een hernieuwde gedachtevorming en een hernieuwde weg van de

verschillende mogelijkheden. In het algemeen heeft dat geleid tot goede, compact geformuleerde voorstellen. De hierna geplaatste kanttekeningen dienen dan ook in dat licht te worden gezien.

## 2. Enkele algemene beschouwingen

### 2.1 Algemene beginselen

Om de afzonderlijke voorstellen tot wijziging van de art. 7, 10 en 13 Gw. in de juiste context te kunnen plaatsen is van belang eerst iets te zeggen over het rapport als geheel.<sup>7</sup> Het rapport bevat een veelheid van onderwerpen. Sommige daarvan zijn van direct belang voor de hierna te bespreken voorstellen. Dat betreft allereerst het voorstel van de commissie om een algemene 'grondslagenbepaling' aan de Grondwet toe te voegen. Daarin zou onder meer moeten worden bepaald dat de overheid de menselijke waardigheid, de grondrechten en de fundamentele rechtsbeginselen eerbiedigt en waarborgt.<sup>8</sup> In de opvatting van de commissie dient deze bepaling als interpretatiekader voor de overige grondwettelijke bepalingen en wettelijke voorschriften.<sup>9</sup>

Of dit een gelukkig voorstel is, laat ik hier in het midden.<sup>10</sup> Volstaan kan hier worden met de constatering dat de nieuwe art. 7, 10 en 13 moeten worden gezien in het licht van de voorgestelde 'grondslagenbepaling'. Toevoeging van een dergelijke bepaling aan de Grondwet zou betekenen dat de uitleg van de art. 7, 10 en 13 nadrukkelijker dan voorheen zou worden bepaald door de achterliggende algemene beginselen.

Vanzelfsprekend krijgt dit nog extra gewicht indien het toetsingsverbod van art. 120 Gw. conform het initiatiefvoorstel Halsema<sup>11</sup> gedeeltelijk zou worden opgeheven. De rechter zou in dat geval de nodige extra armslag krijgen om algemene, deels door de commissie geherformuleerde grondrechten als het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer, het recht op bescherming van persoonsgegevens en het recht op vertrouwelijke communicatie in de rechtspraak verder te ontwikkelen.

Van belang is verder het voorstel van de commissie om een algemene aanvullende beperkingsclausule in de Grondwet op te nemen. Deze zou moeten inhouden dat beperkingen van grondrechten niet verder gaan dan het doel van de beperking vereist en voorts dat de kern van grondrechten niet wordt aangetast. Het gaat hier om algemeen aanvaarde principes die gelden bij het beperken van grondrechten en die reeds veelvuldig in de Europese en nationale rechtspraak worden toegepast bij de uitleg van internationale grondrechtenbepalingen. Aanvulling van de Grondwet met deze bepaling acht de commissie nodig omdat de Grondwet, anders dan de meeste internationale verdragen, weinig precies is over de grenzen die

*Frankrijk, België, de Verenigde Staten en Canada: eindrapport*, Den Haag: WODC 2000. Zie daarna R. Leenes, B.-J. Koops e.a. (red.), *Constitutional rights and new Technologies: a comparative study*, Den Haag: T.M.C Asser Press 2008.

<sup>4</sup> De concept-wetsvoorstellen, de adviezen van de Raad van State en de nadere rapporten zijn opgenomen in *De grondwetsherziening 2006*, Deel 39 Documentatiereeks Naar een nieuwe grondwet, 's-Gravenhage:

# arti- kelen

Sdu Uitgevers 2006, p. 431-536. Een eerdere poging om art. 13 te wijzigen in de negentiger jaren van de vorige eeuw mislukte eveneens. Zie *Kamerstukken II* 2000/01, 27 460, nr. 1, p. 2 met verwijzing naar relevante Kamerstukken.

<sup>5</sup> *Kamerstukken II* 2008/09, 31 570, nr. 8. Zie eerder het nader rapport dd. 18 juli 2008, *Kamerstukken II* 2007/08, 31 570, nr. 3, p. 35-36.

<sup>6</sup> *Rapport Staatscommissie Grondwet* 2010, p. 69.

<sup>7</sup> Zie voor een eerste bespreking J.A. Peters, G. Bogaard, 'Staatscommissie Thomassen: te voorzichtig', *NJB* 2010, p. 2802 e.v.

<sup>8</sup> Een sterk vergelijkbare bepaling werd eerder voorgesteld

door Kortmann. Zie C.A.J.M. Kortmann, Wegwerprecht, oude dame of frisse juf?, in: *De Grondwet herzien, 25 jaar later, 1993-2008*, Den Haag : ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties 2008, p. 7 e.v., m.n. p. 20.

9 *Rapport Staatscommissie Grondwet* 2010, p. 38.

10 Zie voor enkele korte kritische kanttekeningen L. Verhey, 'De staatscommissie Grondwet: een doodgeboren kind?', *NJB* 2010, p. 2809.

11 Wet van 25 februari 2009, *Stb.* 2009, 120. Inmiddels in tweede lezing ingediend: *Kamerstukken II* 2009/10, 32 334, nrs. 1-3. De Staatscommissie toont zich een voorstander van dit wetsvoorstel (rapport p. 43 e.v.).

12 *Rapport Staatscommissie Grondwet* 2010, p. 55-56. Hierover ook de Raad van State: *Kamerstukken II* 2007/08, 31 570, nr. 3, p. 26-27.

13 Onjuist is het eerder door de regering ingenomen standpunt (*Kamerstukken II* 2000/01, 27 460, nr. 1, p. 6) dat de materiële eisen die aan een beperking moeten worden gesteld, reeds in de huidige grondwetstekst moet worden ingelezen. Hierover H.R.B.M. Kummeling, 'Proliferatie van proportionaliteit. Over een beginsel dat ook in de Nederlandse grondwet niet zou misstaan', in: P.P.T. Bovend'Eert e.a. (red.), *Grensverleggend staatsrecht*, Deventer: Kluwer 2001, p. 233 e.v., m.n. p. 248. L.F.M. Verhey, 'Het grondwettelijk beperkings-systeem: handhaving of herbezinning?', *NJCM-Bulletin* 2003, p. 216 e.v., m.n. p. 229.

14 De term 'algemeen persoonlijkheidsrecht' in de context van art. 8 EVRM ontleen ik aan een eerdere publicatie. Zie 'Horizontale werking van grondrechten: de stille Straatsburgse revolutie', in: T. Barkhuysen, M.L. van Emmerik, J.P. Loof (red.), *Geschakeld recht. Verdere studies over Europese grondrechten ter gelegenheid van de 70<sup>ste</sup>*

de wetgever bij het beperken van de grondwettelijke grondrechten in acht moet nemen. De door de commissie voorgestelde bepaling beoogt de wetgever en de rechter op dit punt meer houvast te bieden. Ook hier is weer een verband met de eerder genoemde 'grondslagenbepaling'. Bij de interpretatie van de beperkingsclausule kan de door de commissie voorgestelde algemene bepaling mede als leidraad dienen.<sup>12</sup>

Met de commissie meen ik dat toevoeging van een aanvullende beperkingsclausule gewenst is. Zonder een dergelijke clausule is onvoldoende duidelijk waaraan de wetgever zich bij het beperken van grondrechten heeft te houden.<sup>13</sup> De in de Grondwet vast te leggen principes zullen niet in de laatste plaats een rol kunnen spelen bij de toepassing van de art. 7, 10 en 13 Gw. Daar waar deze rechten als gevolg van de voorstellen van de commissie techniekonafhankelijker en dus ook abstracter zullen worden geformuleerd, zal de toepassing van de beperkingssystematiek en de daaraan inherente beginselen ook nauwer luisteren. De Straatsburgse jurisprudentie inzake art. 8 EVRM illustreert dat. Bij de begrenzing van het onder art. 8 EVRM ontwikkelde algemene persoonlijkheidsrecht<sup>14</sup> spelen het proportionaliteitsbeginsel en het kernrechtprincipe in de rechtspraak van het EHRM een belangrijke rol.<sup>15</sup>

De kernrechtgedachte zoals verwoord in het voorstel van de Commissie is thans al van belang bij de invulling van het huidige art. 7, eerste lid, Gw. Volgens vaste rechtspraak<sup>16</sup> geldt in dat kader het openbaringsrecht als kern van de drukpersvrijheid en het verspreidingsrecht als 'perifeer' recht. De betekenis van dat onderscheid is dat het verspreidingsrecht, anders dan het openbaringsrecht, niet valt onder de strenge legaliteitsis van art. 7, eerste lid. Daarmee zijn in beginsel ook beperkingen op grond van lagere regelgeving mogelijk. De commissie beoogt deze situatie in stand te laten. Als de voorstellen van de commissie worden overgenomen impliceert dit dat het openbaringsrecht in strikt grondwettelijke zin niet meer als 'kern' van het grondrecht zal kunnen gelden. Volgens de commissie immers zal in de Grondwet moeten worden vastgelegd dat de kern van het grondrecht niet mag worden aangetast daar waar art. 7, eerste lid, Gw., zij het onder strikte voorwaarden, wel beperkingen op het openbaringsrecht toelaat.

## 2.2 De uitvoering van de opdracht

De commissie is blijken haar rapport op veel punten verdeeld. Bij het thema 'grondrechten in het digitale tijdperk' is de verdeeldheid ondanks uitvoerige minderheidsstandpunten van één commissielid over de art. 10 en 13, relatief beperkt gebleven. Dat komt het gezag en de overtuigingskracht van dit gedeelte van het rapport ten goede.

Wellicht heeft de onderlinge verdeeldheid wel een substantiële rol gespeeld bij de onderbouwing van de voorstellen. Deze is soms erg summier. Dat geldt ook voor de voorstellen tot wijziging van de art. 7, 10 en 13 Gw. Vaak blijft in het midden waarom de commissie tot bepaalde keuzes en formuleringen is gekomen. Op sommige punten is ook onduidelijk hoe haar opvattingen zich verhouden tot de eerder gesneuvelde conceptvoorstellen. Dat is relevant omdat onder meer de Raad van State en de Eerste Kamer zich in het verleden kritisch hierover hebben uitgelaten en de commissie in bepaalde opzichten niettemin aansluit bij de eerder gedane voorstellen. Al met al dienen de voorstellen van de commissie voor zover zij door de regering worden overgenomen, te worden voorzien van een grondigere motivering.

De opdracht van de commissie was om te adviseren over 'de grondrechten in het digitale tijdperk'.<sup>17</sup> Een nadere toelichting op de opdracht ontbrak. De regering heeft alleen aangegeven dat het 'daarbij de art. 7, 10 en 13 van de Grondwet kan betreffen'.<sup>18</sup> Hoewel de ontwikkeling van de informatietechnologie ook raakt aan andere grondrechten – de commissie noemt onder meer het kiesrecht, de vrijheid van vergadering en betoging, de lichamelijke integriteit en het huisrecht – heeft de commissie terecht besloten haar advisering te beperken tot de art. 7, 10 en 13. Hier doen zich de meeste problemen voor. Bovendien lijkt deze taakopvatting het beste aan te sluiten bij de door de regering geformuleerde behoefte.

Een minderheid van de commissie betreurt de beperking van de taakopdracht en pleit voor een nieuw grondrecht op toegang tot overheidsdocumenten.<sup>19</sup> De commissie Franken kwam met een vergelijkbaar voorstel<sup>20</sup> dat, zo is inmiddels gebleken, goed aansluit bij art. 42 van het EU-Handvest voor de grondrechten.<sup>21</sup> Hoewel het belang van openbaarheid van bestuur buiten kijf staat, is het standpunt van de meerderheid begrijpelijk. Moeilijk kan worden staande gehouden dat in het huidige stelsel – met de reeds bestaande instructienorm van art. 110 Gw.,<sup>22</sup> en de daarop gebaseerde wetgeving – zich zodanige knelpunten voordoen dat een grondwetswijziging hier noodzakelijk is. Wel had het voor de hand gelegen indien het op zichzelf interessante en helder geformuleerde voorstel van de minderheid, uitvoeriger door de meerderheid zou zijn weerlegd. Ook hier schiet de motivering van het rapport tekort.<sup>23</sup>

verjaardag van prof. mr. E.A. Alkema, Deventer: Kluwer 2009, p. 517 e.v., m.n. p. 521. Een ruime uitleg van het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer is overigens ook aan de orde in het kader van art. 10 Gw. Zie verder R. Nehmelman, *Het algemeen persoonlijkheidsrecht. Een rechtsvergelijkende studie naar het algemeen persoonlijkheidsrecht in Duitsland en Nederland*, diss. Utrecht, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2002, en H.L. Janssen, *Constitutionele interpretatie. Een rechtsvergelijkend onderzoek naar de vaststelling van de reikwijdte van het recht op persoonlijkheid*, diss. Maastricht, Den Haag: Sdu Uitgevers 2003.

15 Zie voor een globaal overzicht van de Straatsburgse rechtspraak Jacobs, White, and Ovey, *The European Convention on Human Rights*, Oxford University Press 2010, p. 325 e.v en 363 e.v.

16 HR 28 november 1950, NJ 1951, 137 (APV Tilburg).

17 *Kamerstukken II 2008/09*, 31 570, nr. 8. Zie ook *Rapport Staatscommissie Grondwet 2010*, p. 13.

18 *Kamerstukken II 2007/08*, 31 570, nr. 3, p. 35.

19 *Rapport Staatscommissie Grondwet 2010*, p. 69 en 90-91.

20 *Rapport Commissie Grondrechten in het digitale tijdperk*, p. 190 e.v.

21 Dit artikel luidt: Iedere burger van de Unie en iedere natuurlijke of rechtspersoon met verblijfplaats of statutaire zetel in een lidstaat heeft recht op toegang tot documenten van het Europees Parlement, de Raad en de Commissie.

22 Dit artikel luidt: De overheid betracht bij de uitvoering van haar taak openbaarheid volgens regels bij de wet te stellen.

23 Zeer kritisch hierover J. Peters en G. Boogaard 2010, p. 2804-2805.



### 3. Artikel 7 Grondwet

#### 3.1 Tekstvoorstel commissie

De commissie stelt voor art. 7 Gw. als volgt te herformuleren:

1. Niemand heeft voorafgaand verloop nodig om gedachten en meningen te openbaren, behoudens ieders verantwoordelijkheid volgens de wet.
2. Het ontvangen van informatie is vrij, behoudens beperkingen bij de wet gesteld.
3. De overheid eerbiedigt de pluriformiteit van de media.

In het navolgende ga ik in op de hoofdlijnen van de bepaling en beperk ik mij voor het overige tot enkele korte opmerkingen over twee specifieke thema's: de positie van handelsreclame-uitingen en de pluriformiteit van de media.

#### 3.2 Een sobere bepaling

Wat onmiddellijk opvalt is dat deze tekst aanzienlijk korter is dan het huidige art. 7 Gw. In het algemeen hebben de voorstellen van de commissie de aantrekkelijke eigenschap dat zij kort en bondig zijn geformuleerd. Dat sluit ook goed aan bij het streven naar een sobere en open Grondwet.<sup>24</sup>

De commissie beoogt met haar voorstel zo dicht mogelijk te blijven bij de huidige tekst van art. 7 Gw. Het verbod om uitingen te verbinden aan de eis van voorafgaand verloop wordt gehandhaafd. Voorts spreekt de tekst evenals het thans geldende art. 7, eerste lid, over 'openbaren'. Ook de formulering van de beperkingsclausule van het eerste lid is ongewijzigd. De commissie acht het ten slotte niet nodig om de verspreidingsjurisprudentie in de Grondwet te codificeren. Ook in dat opzicht beoogt de commissie het geldende recht ongewijzigd te laten.

De belangrijkste vernieuwing is dat in art. 7 niet meer de middelen worden genoemd waarmee meningen worden geuit. Afzonderlijke regeling van openbaring door middel van de 'drukkers' (huidige eerste lid), 'radio en televisie' (huidige tweede lid), 'vertoningen' (huidige derde lid)<sup>25</sup> en 'andere middelen' (eveneens huidige derde lid) blijft achterwege. Alle vormen van openbaring van 'gedachten en meningen'<sup>26</sup> worden beschermd door het nieuw geformuleerde eerste lid. Daarnaast wordt de bescherming van art. 7 uitgebreid door een nieuw tweede lid waarin de ontvangstvrijheid is vastgelegd. Een belangrijke verruiming is ten slotte dat de thans bestaande uitzondering voor handelsreclame van art. 7, vierde lid, wordt geschrapt.

Met deze bepaling zou de grondwettelijke bescherming van de vrijheid van meningsuiting aanzienlijk worden versterkt. De open, techniekonafhankelijke formulering zou voorts ruimte bieden om in te spelen op

<sup>24</sup> *Rapport Staatscommissie Grondwet 2010*, p. 22-23.

<sup>25</sup> Een minderheid van de commissie is in lijn met het huidige art. 7, derde lid, voorstander van een verruimde uitzonderingsbepaling voor de bescherming van minderjarigen die evenwel niet beperkt blijft tot 'vertoningen'. Zie *Rapport Staatscommissie Grondwet 2010*, p. 74. Het daartoe strekkende betoog maakt echter niet duidelijk waarom niet volstaan kan worden met de beperkingsmogelijkheid van het voorgestelde art. 7, eerste en tweede lid.

<sup>26</sup> De terminologie 'gedachten en meningen' (in plaats van het in het huidige artikel gehanteerde 'gedachten en gevoelens') acht ik minder gelukkig omdat het overlappende categorieën betreft. Het verdient de voorkeur om overeenkomstig art. 10 EVRM te spreken over 'inlichtingen of denkbeelden'. Hetzelfde geldt voor het voorgestelde art. 7, tweede lid, waarin volgens het voorstel van de Commissie alleen gesproken wordt over het ontvangen van 'informatie'.

nieuwe ontwikkelingen, terwijl tegelijkertijd de traditionele verworvenheden van het thans geldende art. 7 behouden zouden blijven. Een groot voordeel is ten slotte dat met de beoogde handhaving van het verspreidingsrecht in zijn huidige vorm tegemoet wordt gekomen aan fundamentele kritiek die is geuit op het eerdere regeringsvoorstel. De Raad van State toonde in zijn advies destijds overtuigend aan dat de verspreidingsjurisprudentie te genuanceerd en te veelomvattend is om in een enkele grondwetsbepaling te verankeren.<sup>27</sup>

Gegeven de voorgeschiedenis zal een belangrijk discussiepunt blijven of de door de commissie voorgestelde bepaling met zijn techniekonafhankelijke formulering voldoende rechtszekerheid en een voldoende genuanceerde bescherming zal bieden. Gesteld zou kunnen worden dat door de middelen waarmee de uiting kan worden gedaan in art. 7 onvermeld te laten, onvoldoende duidelijk is waartoe de bescherming van het artikel zich zal uitstrekken. Voorts zou gewezen kunnen worden op het risico dat door voor alle uitingsvormen hetzelfde regime toe te passen, bepaalde uitingsvormen te veel en andere uitingsvormen te weinig bescherming zullen genieten.<sup>28</sup>

Laatstgenoemde bezwaren acht ik niet onoverkomelijk. Met een redelijke uitleg van het grondrecht<sup>29</sup> en een genuanceerde en een op het concrete geval gerichte toepassing van de beperkingsclausules zal naar verwachting met het oog op de praktijk aanvaardbare oplossingen kunnen worden bereikt. Van wezenlijk belang in dat opzicht is dat voor het verspreidingsrecht met de beoogde handhaving van de verspreidingsjurisprudentie ruimere beperkingen mogelijk blijven dan zijn voorzien in art. 7, eerste lid. In de afweging tussen de wenselijkheid van een techniekonafhankelijke formulering enerzijds en de noodzaak van voldoende rechtszekerheid anderzijds heeft de commissie al met al een goed verdedigbaar evenwicht bereikt.

### 3.3 Handelsreclame en pluriformiteit van de media

Het voorgaande lijdt wellicht uitzondering in twee specifieke gevallen: de positie van handelsreclame-uitingen en de pluriformiteit van de media.

Bij beide thema's die in het rapport van de Staatscommissie aan bod komen, plaats ik hierna kort enkele kanttekeningen.

Over handelsreclame-uitingen toont de commissie zich verdeeld.<sup>30</sup> De meerderheid wenst te volstaan met het enkel schrappen van het huidige art. 7, vierde lid, Gw. Daardoor komt handelsreclame onder de bescherming van het eerste lid te vallen. Dit is naar het oordeel van de meerderheid in overeenstemming met art. 10 EVRM waarin evenmin een onderscheid tussen commerciële en ideële uitingen wordt gemaakt. Bovendien wijzen deze leden erop dat bedoeld onderscheid in de praktijk niet altijd te

27 Advies Raad van State p. 10-12. Zie Naar een nieuwe grondwet deel 39, p. 464-466.

28 Zie advies Raad van State p. 3 e.v., Naar een nieuwe grondwet deel 39, p. 457 e.v.

29 Zie over de grondwettelijke beperkingssystematiek en de ter uitvoering daarvan door de rechter toegepaste technieken B.P. Vermeulen, 'Beperking van grondrechten', in: J.B.J.M. ten Berge e.a. (red.), *De Grondwet als voorwerp van aanhoudende zorg (Burkens-bundel)*, Zwolle 1995, p. 1 e.v. en Verhey 2003, p. 216 e.v.

30 *Rapport Staatscommissie Grondwet 2010*, p. 75-77.

31 *Rapport Commissie Grondrechten in het digitale tijdperk*, p. 99-101, 107 en 111-112. Zie in dezelfde lijn het kabinetsstandpunt, *Kamerstukken II* 2000/01, 27 460, nr. 1, p. 12-13 en ook het latere concept-wetsvoorstel. Naar een nieuwe grondwet deel 39, p. 433, 448-449. Vergelijk eerder reeds C.A.J.M. Kortmann, *De Grondwetsherzieningen 1983 en 1987*, Deventer: Kluwer 1987, p. 89.

32 EHRM 28 juni 2001, *NJ* 2002, 181 (VgT Verein gegen Tierfabriken v. Switzerland), par. 71. Zie verder Jacobs, White and Ovey 2010, p. 447-448.

33 Hoewel de voorzitter van de commissie tijdens de presentatie van het rapport in Den Haag op 11 november j.l. iets anders suggereerde. Op een vraag naar de betekenis van deze bepaling antwoordde zij dat de overheid op grond van deze bepaling geacht wordt de pluriformiteit van de media actief te beschermen.

34 Hoewel toegegeven moet worden dat de door de commissie voorgestelde opzet aansluit bij art. 11 EU Handvest voor de grondrechten. Dat argument acht ik echter niet van overwegende betekenis.

35 *Rapport Commissie Grondrechten in het digitale tijdperk*, p. 105-107 en 112-114. Zie in dezelfde lijn het kabinetsstandpunt, *Kamerstukken II* 2000/01, 27 460, nr. 1, p. 13-14 en ook het latere concept-wetsvoorstel. Naar een nieuwe grondwet deel 39, p. 433, 449-450. In beginsel stemde ook de Raad van State in met een dergelijke bepaling. Zie Naar een nieuwe grondwet deel 39, p. 467.

maken valt en het daarom de voorkeur verdient alle uitingen onder hetzelfde regime te brengen. Daartegenover staat een minderheid van de commissie die enerzijds instemt met het schrappen van de absolute uitzondering van het huidige art. 7, vierde lid, maar anderzijds een aparte bepaling voor handelsreclame voorstelt met een ruimere beperkingsclausule. Zij wijzen ter onderbouwing van hun voorstel op het bijzondere karakter van handelsreclame dat verdergaande en andersoortige beperkingen zou vergen. De commissie-Franken heeft destijds een vergelijkbaar voorstel gedaan.<sup>31</sup>

Beide standpunten acht ik verdedigbaar. Met de meerderheid kan men stellen dat de praktijk met een redelijke uitleg van het grondrecht zich wel zal redden. Een gevolg hiervan is echter, zoals de meerderheid van de commissie ook erkent, dat bij gebreke van een delegatiemogelijkheid in art. 7, eerste lid, alle beperkingen van handelsreclame-uitingen in de formele wet zelf zullen moeten worden geregeld. Hoewel de meerderheid van de commissie hier niet al te zwaar aan tilt, is de vraag of regeling op uitsluitend het niveau van de formele wet wenselijk en uitvoerbaar is. Het gaat veelal om gedetailleerde voorschriften die voortvloeien uit het EU-recht in het kader van de bevordering van eerlijke concurrentie, volksgesondheid en consumentenbescherming. Een ruimere beperkingsmogelijkheid lijkt hier de voorkeur te hebben. Een ruimere beperkingsmogelijkheid is ook in overeenstemming met art. 10 EVRM. Het EHRM laat de staten een ruimere 'margin of appreciation' als het gaat om commerciële uitingen.<sup>32</sup>

Een thema dat de Staatscommissie wél voorstelt te regelen is de pluriformiteit van de media. De commissie is echter verdeeld over de vraag of en zo ja in hoeverre, de overheid een rol daarbij zou moeten spelen. Dat heeft geleid tot een merkwaardig compromis. Voorgesteld wordt om aan art. 7 een vierde lid toe te voegen waarin wordt bepaald dat de overheid de pluriformiteit van de media 'eerbiedigt'. Met deze terminologie wordt, gezien ook de in het rapport gegeven motivering, uitsluitend een verplichting tot overheidsonthouding bedoeld.<sup>33</sup> Een dergelijke bepaling is naast het voorgestelde eerste en tweede lid overbodig.<sup>34</sup> Gezien het streven van de commissie om te komen tot een sobere Grondwet, zou deze bepaling in deze vorm geschrapt dienen te worden.

Wellicht wel toegevoegde waarde heeft een grondwettelijke verplichting voor de overheid om de pluriformiteit van de media actief te bevorderen. De commissie Franken heeft daar eerder voor gepleit.<sup>35</sup> Getwist kan worden over de noodzaak van een dergelijke bepaling. Gezien het grote belang van de pluriformiteit van de media moet het echter wenselijk worden geacht dit belang en de taak van de overheid op dit terrein op een betekenisvolle wijze in de Grondwet tot uitdrukking te brengen. Dat de

overheid hier een taak heeft lijkt de commissie overigens niet te betwisten. Voor overheidsoptreden bestaat, zo betoogt de commissie treffend, 'niet alleen een economisch georiënteerde noodzaak – het voorkomen van monopolievorming – maar kan ook een argument van culturele en zelfs staatkundige aard bestaan: veelvormigheid van media- en uitingsvormen kan een vitale uitwisseling van opvattingen, ideeën en standpunten bevorderen en daarmee een bijdrage leveren aan een 'levendige democratie'.<sup>36</sup> Het ligt voor de hand om deze lijn door te trekken en een juridische basis voor deze in een democratische rechtsstaat essentiële overheidstaak in de Grondwet te creëren.

## 4. Artikel 10 Grondwet

### 4.1 Tekstvoorstel commissie

De commissie stelt voor het huidige art. 10, eerste lid, Gw. waarin een subjectief recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer is neergelegd, ongewijzigd te laten. Dat is terecht. Er is geen aanleiding de tekst van art. 10, eerste lid, aan te passen.

Wel nieuw is het voorstel om de bepalingen omtrent de bescherming van persoonsgegevens (thans art. 10, tweede en derde lid) te herformuleren en onder te brengen in een afzonderlijke bepaling. Daartoe stelt de commissie het volgende nieuwe artikel voor:

1. Ieder heeft recht op bescherming van zijn persoonsgegevens.
2. Persoonsgegevens worden alleen verwerkt voor welbepaalde doeleinden,
  - a. hetzij met toestemming van de betrokkene,
  - b. hetzij op grond van bij de wet te stellen regels.
3. Ieder heeft recht op inzage in de over hem verzamelde gegevens, op kennisneming van de verwerking van die gegevens, en op de verbetering van die gegevens, behoudens bij de wet gestelde beperkingen.

In het navolgende ga ik in op achtereenvolgens de loskoppeling van het recht op bescherming van persoonsgegevens en het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer en op de vormgeving en uitwerking van het recht op bescherming van persoonsgegevens.

### 4.2 Loskoppeling van privacy en bescherming van persoonsgegevens

De commissie stelt unaniem (!) voor de huidige bepalingen inzake de bescherming van persoonsgegevens los te koppelen van het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer en om te vormen tot een zelfstandig grondrecht.<sup>37</sup> Daarvoor voert de commissie drie redenen aan:

<sup>36</sup> *Rapport Staatscommissie Grondwet 2010*, p. 79. Op dezelfde bladzijde ontkracht de commissie dit betoog overigens weer door ter onderbouwing van het door haar geformuleerde vierde lid aangaande de veronderstelde overheidstaak op dit terrein te wijzen op 'het gebrek aan een aangetoonde noodzaak voor een dergelijk optreden'.

37 *Rapport Staatscommissie Grondwet* 2010, p. 81-82. In de literatuur werd hiervoor eerder gepleit door P.H. Blok, *Het recht op privacy. Een onderzoek naar de betekenis van het begrip 'privacy' in het Nederlandse en Amerikaanse recht*, Den Haag: BJU 2002, p. 65 e.v. Hij meent dat de uitwerking van het huidige art. 10, tweede en derde lid, Grondwet meer samenhangt met de beginselen van behoorlijk bestuur en het recht op een eerlijk proces dan met het recht op privacy.

38 Nauwer dan met andere grondrechten. Dat neemt niet weg dat – en in zoverre is de argumentatie van de commissie wel juist – dat de bescherming van persoonsgegevens ook raakt aan andere rechten en belangen.

39 Voor een recent overzicht H.R. Kranenburg en L.F.M. Verhey, *Wet bescherming persoonsgegevens in Europees perspectief*, Mastermonografieën Staats- en bestuursrecht, Kluwer Deventer 2011, p. 17 e.v. Zie voorts Jacobs, White and Ovey 2010, p. 374-377.

40 Zie overweging 2 en 10 van Richtlijn 95/46, *PbEG* 1995, L 281/31.

41 *Rapport Staatscommissie Grondwet* 2010, p. 80.

42 Voor recente (en soms zeer kritische) analyses zij verwezen naar C. Prins e.a. (red.), 16 *Miljoen BN'ers? Bescherming van Persoonsgegevens in het Digitale Tijdperk*, Stichting NJCM-Boekerij Leiden 2010.

43 Een lid van de commissie heeft een afwijkende tekst voorgesteld. Merkwaaarderwijs zijn verschillende versies van deze tekst in het rapport opgenomen. Zie *Rapport Staatscommissie Grondwet* 2010, p. 84 en 148.

- Door een aparte grondwetsbepaling te wijden aan de bescherming van persoonsgegevens komt duidelijker tot uitdrukking dat deze bescherming niet alleen gerelateerd is aan het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer maar ook aan andere grondrechten. De commissie noemt de vrije meningsuiting (met name de persvrijheid) en het discriminatieverbod.
- In het Europese recht (zowel binnen de Raad van Europa als binnen de EU) is een zelfstandig recht op bescherming van persoonsgegevens tot ontwikkeling gekomen. Dat is met name zichtbaar gemaakt in het EU-Handvest voor de grondrechten waarin aparte artikelen aan de persoonlijke levenssfeer (art. 7) en de bescherming van persoonsgegevens (art. 8) zijn gewijd.
- Een afzonderlijke grondwetsbepaling geeft uitdrukking aan het toegenomen belang van de verwerking van persoonsgegevens en de noodzaak van een behoorlijke bescherming in dat verband.

Het beeld dat de commissie schetst is ietwat overtrokken. Niet ontkend kan worden dat er een nauwe<sup>38</sup> relatie is tussen het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer en de verwerking van persoonsgegevens. Dit blijkt ook uit de Straatsburgse rechtspraak waarin het EHRM in verband met het recht op privéleven ex art. 8 EVRM burgers onder omstandigheden beschermt tegen onrechtmatige verwerking van hun persoonsgegevens.<sup>39</sup> Ook de belangrijke, door de commissie genoemde EU-richtlijn 95/46 plaatst de bescherming van persoonsgegevens nadrukkelijk in de sleutel van art. 8 EVRM.<sup>40</sup>

Elders in het rapport hanteert de commissie een andere argumentatie.<sup>41</sup> Deze houdt in dat de bescherming van persoonsgegevens – evenals de specifieke privacyrechten van de art. 11, 12 en 13 Gw. – slechts een deelaspect is van het generieke recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer. Het ligt vanuit dat perspectief voor de hand om dat deelaspect, net als geschied is met het recht op lichamelijke integriteit, het huisrecht en het brief-, telefoon- en telegraafgeheim, onder te brengen in een afzonderlijke bepaling. Ook het argument dat met een aparte bepaling het belang van de bescherming van persoonsgegevens sterker tot uiting komt, snijdt hout. Al met al verdient de voorgestelde loskoppeling van beide rechten steun.

#### 4.3 Een subjectief recht?

Belangrijker dan de vraag naar het al dan niet opnemen van een afzonderlijke bepaling is de wijze waarop het recht op bescherming van persoonsgegevens<sup>42</sup> moet worden vormgegeven.<sup>43</sup> Het voorstel van

de commissie lijkt te zijn geïnspireerd door art. 8 EU-Handvest.<sup>44</sup> Met de formulering van het eerste lid lijkt op het eerste gezicht een subjectief recht te zijn beoogd. Een beperkingsclausule ontbreekt echter. Wel verwijst de commissie naar de door de commissie voorgestelde algemene aanvullende beperkingsclausule. Deze clausule vormt, in de woorden van de commissie, 'een waarborg ter bescherming van het recht op bescherming van persoonsgegevens'.<sup>45</sup> Het tweede en derde lid zijn klaarblijkelijk bedoeld als een nadere invulling van het generieke recht van het eerste lid. Met betrekking tot de individuele aanspraken van het derde lid is wel een bijzondere beperkingsclausule opgenomen.

Het is begrijpelijk en op zichzelf zinvol dat de commissie heeft willen aansluiten bij de formulering van art. 8 EU-Handvest. De wenselijkheid om aan te sluiten bij de Europese rechtsontwikkeling kan echter geen doorslaggevend argument zijn om het grondrecht in de Grondwet op eenzelfde wijze te regelen. De grondwettelijke context is specifiek en anders van aard dan die van het EU-Handvest. Daarom zal los van het EU-Handvest moeten worden beoordeeld of de inhoud van de door de commissie voorgestelde grondwetsbepaling adequaat is. Zo bezien zijn er over de bepaling de nodige vragen te stellen. Een en ander zal wellicht moeten leiden tot een verduidelijking van de formulering van bepaalde onderdelen van het artikel.

Allereerst is de vraag wat precies beoogd wordt met het algemene recht zoals voorgesteld in het eerste lid. De commissie rept over 'een zelfstandig recht op bescherming van persoonsgegevens',<sup>46</sup> maar geeft niet expliciet aan of het hier om een subjectief recht gaat of dat de bepaling daarnaast of in plaats daarvan de overheid een zorgverplichting oplegt.<sup>47</sup>

Gezien de formulering lijkt in elk geval het eerste te zijn bedoeld. Hoe dan ook dient hier een duidelijke en deugdelijk gemotiveerde keuze te worden gemaakt.<sup>48</sup> Dit geldt te meer nu de bescherming van persoonsgegevens thans in de Grondwet alleen de vorm heeft van een regelingsopdracht. Toekenning van een separaat subjectief recht naast het algemene recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer zou een substantiële versterking van het grondrecht betekenen die een nadere onderbouwing behoeft.

Indien de veronderstelling dat het eerste lid een subjectief recht behelst juist is, is de vraag of dat recht alleen gericht is op bescherming tegen de overheid of dat het recht ook tegen particulieren kan worden ingeroepen. Volgens de heersende rechtsopvatting betekenen klassieke grondrechten immers primair een onthoudingsplicht voor de overheid. In het specifieke geval van het recht op bescherming van persoonsgegevens is dit wellicht een te beperkte opvatting. De Wet bescherming persoonsgegevens, die mede ter uitvoering van de huidige regelingsopdracht van art. 10, tweede

44 Deze bepaling luidt:

1. Eenieder heeft recht op bescherming van zijn persoonsgegevens.

2. Deze gegevens moeten eerlijk worden verwerkt, voor bepaalde doeleinden en met toestemming van de betrokkene of op basis een andere gerechtvaardigde grondslag waarin de wet voorziet. Eenieder heeft recht op toegang tot de over hem verzamelde gegevens en op rectificatie daarvan.

3. Een onafhankelijke autoriteit ziet toe op de naleving daarvan.

45 *Rapport Staatscommissie Grondwet* 2010 p. 84. Deze verwijzing is echter niet opgenomen in de toelichting op het eerste lid, maar op het tweede lid.

46 *Rapport Staatscommissie Grondwet* 2010 p. 83.

47 Het laatste wordt verondersteld door Overkleef-Verburg in haar minderheidsopvatting (p. 144), maar is in de hoofdtekst van het rapport niet terug te vinden. Wel stelt de commissie elders in het rapport (p. 49) dat 'het in de rede ligt dat nieuwe artikel (bedoeld wordt het nieuwe artikel over de bescherming van persoonsgegevens, LV), toe te voegen aan de catalogus van grondwetsbepalingen waaraan de rechter zou kunnen toetsen indien de verklaringswet zou worden aangenomen'. Ook om deze reden lijkt de commissie met het artikel de invoering van een subjectief recht te beoogen.

48 In deze zin ook de Raad van State in zijn advisering in 2002. Zie Naar een nieuwe grondwet, deel 39, p. 459-460.

en derde lid, Gw. tot stand is gekomen, creëert individuele rechten in zowel de publieke als de private sector. Wellicht is de beoogde horizontale werking ook de reden dat de commissie in het eerste lid heeft afgezien van een op de legaliteits eis geënte beperkingsclausule. Ook op dit punt dient meer duidelijkheid te worden verschaft.

Voorts is er de vraag naar de inhoud van het recht zelf. Welke aanspraken kan een individu precies ontleen aan 'het recht op bescherming van persoonsgegevens'? Het doelbindingsprincipe en het inzage- en correctierecht zoals voorgesteld in respectievelijk het tweede en het derde lid dienen – mede gelet op de reeds bestaande regels van de Wet bescherming persoonsgegevens – te worden gezien als belangrijke uitwerkingen van dat recht. Maar het recht op bescherming van persoonsgegevens omvat meer. In haar minderheidsstandpunt verwijst Overkleef-Verburg onder meer op het beginsel van dataminimalisatie en het transparantiebeginsel.<sup>49</sup> Nader toegelicht zou moeten worden tot hoever het in het eerste lid voorgestelde recht zich precies uitstrekt.

Ten slotte zijn er vragen te stellen bij de uitwerking van het recht op bescherming van persoonsgegevens in het voorgestelde tweede en derde lid. Het derde lid kan worden beschouwd als een voortzetting van het huidige art. 10, derde lid, Gw. Het belangrijkste verschil is echter dat het in het voorstel van de commissie gaat om een subjectief recht. Dat is te beschouwen als een verbetering en sluit ook goed aan bij de geldende wetgeving. Daarin zijn de betreffende aanspraken reeds als subjectieve rechten geformuleerd. Ook het tweede lid is goed verdedigbaar. Het legt het in het gegevensbeschermingsrecht essentiële doelbindingsbeginsel vast. Gezien de formulering waarin uitdrukkelijk verwezen wordt naar de toestemming van de betrokkene als een van de twee mogelijke rechtsgrondslagen voor een rechtmatige gegevensverwerking,<sup>50</sup> lijkt deze bepaling zich ook uit te strekken tot horizontale rechtsverhoudingen. Indien deze interpretatie juist is en met de formulering derhalve horizontale werking wordt beoogd, wijkt zij af van het algemene grondwettelijke stramien. Bij de bestaande grondwettelijke grondrechten komt de mogelijke horizontale werking niet in de formulering tot uitdrukking.<sup>51</sup> Opvallend is verder dat het wel in art. 8 EU-Handvest opgenomen beginsel van eerlijke gegevensverwerking ('fair processing') in het voorgestelde tweede lid ontbreekt<sup>52</sup>. Vastlegging daarvan had voor de hand gelegen omdat dat beginsel geldt als een van de grondslagen van het gegevensbeschermingsrecht. De in het tweede en derde lid opgenomen beginselen kunnen aan beperkingen worden onderworpen. Dit is conform het geldende gegevensbeschermingsrecht.<sup>53</sup> Een belangrijk verschil tussen beide leden is dat in het derde lid een beperkingsclausule is opgenomen en in het tweede lid niet.<sup>54</sup> Beperkingen van het doelbindingsprincipe dienen derhalve alleen

49 *Rapport Staatscommissie Grondwet* 2010, p. 145.

50 Vergelijk art. 8 Wbp jo. art. 7 Richtlijn 95/46.

51 Daarvoor is het onduidelijke en vaak bekritiseerde standpunt van de grondwetgever van 1983 nog steeds relevant. Zie *Kamerstukken II* 1975/76, 13 872, nr. 3, p. 15-16. Hierover onder meer L.F.M. Verhey, *Horizontale werking van grondrechten, in het bijzonder van het recht op privacy*, Zwolle: Tjeenk Willink 1992, p. 34 e.v.

52 Vergelijk art. 6 Wbp jo. art. 6, eerste lid, onder a, Richtlijn 95/46.

53 Vergelijk art. 43 Wbp jo. art. 13 Richtlijn 95/46.

54 De zinsnede in het tweede lid, onder b 'hetzij op grond van bij de wet te stellen regels' is geen beperkingsclausule maar een onderdeel van de grondrechtelijke waarborg. Zij eist dat de verwerking van persoonsgegevens buiten toestemming van de betrokkene een wettelijke grondslag dient te hebben.

te voldoen aan de eisen van de door de commissie voorgestelde aanvullende beperkingsclausule. Op grond van de Wet bescherming persoonsgegevens kan onder bepaalde voorwaarden reeds van het doelbindingsprincipe worden afgeweken. Art. 9 Wbp maakt het onder omstandigheden mogelijk om persoonsgegevens voor een ander doel te verwerken voor zover dat doel ‘niet onverenigbaar’ is met de doeleinden waarvoor de gegevens oorspronkelijk zijn verkregen. Daarnaast bevat art. 43 Wbp een algemene beperkingsclausule die in zeer uitzonderlijke situaties mag worden toegepast.<sup>55</sup> Deze wetgeving is in abstracto met de voorstellen van de commissie in overeenstemming. De beperkingsclausule zoals voorgesteld door de commissie kan echter wel leiden tot een scherpere rechterlijke toetsing van de toepassing van de wet in concreto.

## 5. Artikel 13 Grondwet

### 5.1 Tekstvoorstel commissie

De commissie stelt voor art. 13 Gw. als volgt te herformuleren:

1. Ieder heeft recht op vertrouwelijke communicatie.
2. Beperking van dit recht is alleen mogelijk
  - a. in gevallen bij de wet bepaald, met machtiging van de rechter of
  - b. in het belang van de nationale veiligheid door of met machtiging van hen die daartoe bij de wet zijn aangewezen.

In het navolgende ga ik vooral in op het concept ‘vertrouwelijke communicatie’ en beperk ik mij voor het overige tot enkele korte opmerkingen over de uitwerking van het grondrecht in het voorstel van de commissie.

### 5.2 Vertrouwelijke communicatie

Gegeven de technologische ontwikkelingen is wijziging van art. 13 Gw. het meest urgent. Art. 13 is sterk verouderd. De thans daarin genoemde communicatiemiddelen hebben – met uitzondering van de telefoon – sterk aan betekenis ingeboet. Communicatie vindt tegenwoordig vaak langs andere wegen plaats. Bovendien wijst de commissie er terecht op dat de overheid door de ontwikkeling van de techniek meer middelen en mogelijkheden heeft gekregen om communicatie af te luisteren en af te tappen.<sup>56</sup> Aanpassing van art. 13 Gw. aan de moderne techniek dient daarom noodzakelijk te worden geacht.

In het voorstel van de commissie voor een nieuw art. 13 staat het begrip ‘vertrouwelijke communicatie’ centraal.<sup>57</sup> Daarin volgt de commissie de eerdere voorstellen van de commissie-Franken<sup>58</sup> en van vroegere

<sup>55</sup> Over deze bepalingen H.R. Kranenburg en L.F.M. Verhey 2011, p. 92-97, 139-142.

<sup>56</sup> *Rapport Staatscommissie Grondwet 2010*, p. 85.

<sup>57</sup> Een lid van de commissie heeft een afwijkende tekst voorgesteld. Zie *Rapport Staatscommissie Grondwet 2010*, p. 149 e.v.

<sup>58</sup> *Rapport Commissie Grondrechten in het digitale tijdperk*, p. 161 e.v.



regeringen.<sup>59</sup> Dat is op zichzelf genomen niet opmerkelijk. Aan de eerdere voorstellen lagen gedegen studies en adviezen ten grondslag. Wel opvallend is dat de commissie in haar motivering de zware kritiek die op die voorstellen is geuit, onbesproken laat. Om een herhaling van zetten te voorkomen had het voor de hand gelegen indien de commissie op deze kritiek expliciet was ingegaan en terzake tot een zichtbare afweging was gekomen.

De belangrijkste kritiek op het concept 'vertrouwelijke communicatie' destijds was dat het te weinig rechtszekerheid biedt. Daardoor zou onvoldoende duidelijk zijn welke situaties door het grondrecht worden beschermd. Bovendien zou de onbepaaldheid van het begrip 'vertrouwelijke communicatie' ertoe kunnen leiden dat bepaalde vormen van communicatie te veel en andere vormen te weinig bescherming krijgen. De Raad van State pleitte daarom voor 'een beperktere opzet van art. 13, die niet abstracteert van de middelen waarmee vertrouwelijk wordt gecommuniceerd'.<sup>60</sup> De Raad wees er in dat verband op dat in de situaties die als gevolg van een scherpere afbakening buiten de reikwijdte van art. 13 zouden vallen, het vangnet van art. 10 Gw. beschikbaar zou blijven.

Voor beide standpunten kunnen op zichzelf genomen valide argumenten worden aangevoerd. Niettemin biedt het commissievoorstel belangrijke voordelen. Het voorgestelde artikel is door zijn techniekonafhankelijke formulering toekomstbestendig terwijl tegelijkertijd voor alle vormen van vertrouwelijke communicatie eenzelfde hoog beschermingsniveau wordt bereikt. Die bescherming bestaat er met name in dat voor een beperking behoudens uitzonderingen een machtiging van de rechter is vereist. Voor deze extra bescherming, die ontbreekt in het vangnet van art. 10 Gw., bestaat voldoende reden omdat inbreuken op de in een democratische rechtsstaat essentieel te achten vertrouwelijke communicatie, potentieel buitengewoon ingrijpend zijn. In het huidige art. 13 bestaan in dat opzicht ongerechtvaardigde verschillen in rechtsbescherming tussen het briefgeheim en andere communicatiemiddelen.<sup>61</sup> Die verschillen worden in het voorstel van de commissie weggewerkt.

Niet ontkend kan worden dat het concept 'vertrouwelijke communicatie' in bepaalde gevallen verschillende interpretaties toelaat en derhalve een zekere mate van rechtsonzekerheid met zich brengt. De vraag is echter hoe zwaar dat argument uiteindelijk moet wegen. Een zekere interpretatiemarge is bij de grondrechten niet ongebruikelijk en ook niet onwerkbaar. De voorgestelde bepaling loopt in dat opzicht parallel met art. 8 EVRM. In de rechtspraak over het daarin neergelegde recht op respect voor een ieders correspondentie ('*correspondence*') is de verwachting van hetgeen in het maatschappelijk verkeer redelijkerwijs als vertrouwelijk heeft te gelden ('*reasonable expectation of privacy*') een van de relevante

59 *Kamerstukken II 1996/97*, 25 443, nrs. 1-3. Dit voorstel was onder meer gebaseerd op J.A. Hofman, *Vertrouwelijke communicatie*, diss. VU Amsterdam, Zwolle: Tjeenk Willink 1995. Zie voorts het concept-wetsvoorstel naar aanleiding van de Commissie Grondrechten in het digitale tijdperk, Naar een nieuwe grondwet deel 39, p. 499 e.v.

60 Naar een nieuwe grondwet deel 39, p. 526. Aldaar is ook een uitvoerigere uitleg te vinden van de geuite kritiek.

61 Zo ook de Commissie Grondrechten in het digitale tijdperk. Zie Rapport, p. 150.

criteria.<sup>62</sup> Dit criterium komt materieel in belangrijke mate overeen met ‘de objectieve wil tot vertrouwelijkheid’ dat volgens de commissie de belangrijkste maatstaf zou zijn om te bepalen of sprake is van ‘vertrouwelijke communicatie’ in de zin van het nieuwe art. 13 Gw. Niet zonder betekenis is verder dat ook bij het huidige art. 13 ‘de objectieve wil tot vertrouwelijkheid’ reeds een rol speelt. Bij het briefgeheim gaat het, aldus de regering bij de grondwetsherziening van 1983, om een communicatie in gesloten enveloppen, ‘althans in een verpakking welke het oogmerk van de afzender tot uitdrukking brengt, dat derden – waaronder de PTT van de inhoud van de brief geen kennis nemen’.<sup>63</sup> In dat licht bezien is het voorstel van de Staatscommissie een voortzetting van die gedachte en derhalve consistent met het huidige art. 13 Gw.

Uitgaande van die gedachte zal in veel gevallen de interpretatie van het concept ‘vertrouwelijke communicatie’ geen problemen geven. Of communicatie via een specifiek middel onder de bescherming van het nieuwe artikel valt hangt volgens de commissie af van ‘de aard van het communicatiemiddel en van de maatschappelijke standaarden over de vraag of een bepaald communicatiemiddel naar zijn aard als vertrouwelijk kan worden beschouwd’.<sup>64</sup> Toepassing van dat criterium zal ertoe leiden dat communicatie via een brief, telefoon en e-mail als vertrouwelijk heeft te gelden.<sup>65</sup> Moeilijker zijn de grenzen te trekken bij het live-gesprek. Indien het af luisteren of opnemen van een dergelijk gesprek geschiedt via een technisch hulpmiddel zal doorgaans sprake zijn van een inbreuk op het grondrecht. Burgers mogen op grond van hun recht op vertrouwelijke communicatie er van uitgaan dat zij van af luisteren of opnemen via een technisch hulpmiddel gevrijwaard blijven.<sup>66</sup> In andere gevallen zal de mate van bescherming afhangen van de bijzondere omstandigheden zoals de plaats waar het betreffende gesprek zich afspeelt.

### 5.3 Verdere uitwerking

Evenals bij de art. 7 en 10 is de commissie bij de herziening van art. 13 streng geweest. Haar voorstel is sober en is beperkt tot wat beschouwd kan worden als het minimum. De in eerdere voorstellen opgenomen notificatieverplichting<sup>67</sup> ontbreekt. Dat neemt niet weg dat het voorstel op een aantal punten aanmerkelijk meer bescherming biedt dan het huidige art. 13. De reikwijdte van het grondrecht is uitgebreid tot alle vormen van vertrouwelijke communicatie. Ook de door de commissie voorgestelde beperkingsclausule van het tweede lid versterkt de bescherming van de burger. Daar waar het huidige art. 13 slechts een rechterlijke machtiging vereist bij een beperking van het briefgeheim, geldt de eis van een rechterlijke machtiging in het voorstel van de commissie in beginsel voor alle vormen van vertrouwelijke communicatie.

62 Aldus terecht de regering. Zie Naar een nieuwe grondwet deel 39, p. 518. Bij wijze van voorbeeld zij gewezen op EHRM 25 juni 1997, NJ 1998, 506 (Halford) waarin de telefoon van klager werd afgeluisterd door haar werkgever. In casu oordeelde het EHRM dat sprake is van ‘a reasonable expectation of privacy’ omdat het hier ging om een telefoon die ter beschikking was gesteld voor privé-doeleinden.

63 *Kamerstukken II 1975/76*, 13 872, nr. 3, p. 44. Zie ook A.J.A. van Dorst, ‘Het postgeheim (art. 1.12)’, in: A.K. Koekkoek, W. Konijnenbelt, F.C.L.M. Crijns (red.), *Grondrechten. Commentaar op hoofdstuk 1 van de herziene Grondwet (Jeukens-bundel)*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1982, p. 288 die stelt dat van belang is dat de afzender door de wijze van verpakking ‘op onmiskenbare wijze zijn bedoeling tot uitdrukking heeft gebracht dat de inhoud van het verzonden stuk geheim blijft’.

64 *Rapport Staatscommissie Grondwet 2010*, p. 86.

65 Van belang daarbij is dat de bescherming van het grondrecht zich alleen uitstrekt tot de communicatiefase. Daarmee wordt bedoeld dat de bescherming ingaat vanaf het moment dat de afzender zijn bericht verstuurt tot het moment dat het bericht de ontvanger bereikt. Zie *Rapport Staatscommissie Grondwet 2010*, p. 86. Eerder in dezelfde zin de regering in 2004; zie Naar een nieuwe grondwet deel 39, p. 509-510.

66 Aldus destijds de regering. Zie Naar een nieuwe grondwet deel 39, p. 507-508. Kritisch hierover de Raad van State: Naar een nieuwe grondwet deel 39, p. 525.

67 Zie bijv. *Rapport Commissie Grondrechten in het digitale tijdperk*, p. 162 en 167.

68 Art. 24-27 Wet op de inlichtingen- en veiligheidsdiensten 2002.

69 Vergelijk *Rapport Commissie Grondrechten in het digitale tijdperk*, p. 164.

70 In lijn hiermee art. 23 Wet op de inlichtingen- en veiligheidsdiensten 2002. Dit artikel eist een last van de rechtbank 's-Gravenhage.

71 Art. 6, tweede lid en 7, tweede lid, Wet op de inlichtingen- en veiligheidsdiensten 2002.

72 Aldus de Raad van State des tijds. Zie Naar een nieuwe grondwet deel 39, p. 529.

73 Uit de rechtspraak van het EHRM heeft de regering eerder afgeleid dat onder het begrip 'nationale veiligheid' in ieder geval vallen: het schenden van staatsgeheimen en militaire geheimen, de verspreiding van opruiende geschriften onder militairen, het oproepen tot en het goedkeuren van geweld, het verrichten van neo-nazistische activiteiten, het verrichten van terroristische activiteiten en de publicatie van (geheime informatie) in geschriften die schade kunnen toebrengen aan het functioneren van de staatsveiligheidsdienst van een land. Zie *Kamerstukken II 1999/00, 25 877*, nr. 9, p. 14. Hoewel 'nationale veiligheid' een breed concept blijft (zie Jacobs, White and Ovey 2010, p. 317-318) en de vraag is of onder 'nationale veiligheid' niet nog meer belangen kunnen worden gebracht dan de zojuist genoemde, lijkt het begrip 'nationale veiligheid' een redelijk concrete invulling te hebben gekregen, schijnbaar concreter dan het begrip 'openbare orde' dat elders in de Grondwet (art. 8) wordt gehanteerd.

74 Zie hiervoor par. 2.1.

75 *Rapport Staatscommissie Grondwet 2010*, p. 89. Anders het lid Overkleef-Verburg in haar minderheidsstandpunt, p. 153.

Het voorstel van de commissie maakt het in één geval mogelijk om van de eis van een rechterlijke machtiging af te wijken. Een beperking van het recht op vrije communicatie kan in het belang van de nationale veiligheid geoorloofd zijn 'door of met machtiging van hen die daartoe bij de wet zijn aangewezen' (tweede lid, onder b). De formulering van deze uitzonderingsmogelijkheid sluit aan bij het huidige art. 13, tweede lid, Gw., zij het dat zij beperkt blijft tot maatregelen in het belang van de nationale veiligheid. Waarom deze uitzondering noodzakelijk is, wordt niet toegelicht. Dat de machtigingsregeling overeenkomt met de huidige wetgeving<sup>68</sup> en bovendien de uitzondering door het EHRM toelaatbaar wordt geacht<sup>69</sup>, kunnen geen doorslaggevende argumenten zijn om de uitzondering te handhaven. Voor de communicatie per brief betekent het voorstel ook een achteruitgang; thans eist art. 13 voor een beperking van het briefgeheim in alle gevallen een rechterlijke machtiging.<sup>70</sup>

Nieuw is het begrip 'nationale veiligheid'. In de huidige Grondwet komt het begrip niet voor. Het kan wel worden aangetroffen in art. 8 EVRM en ook in de wettelijke taakomschrijving van de inlichtingen- en veiligheidsdiensten.<sup>71</sup> Eerder is kritiek geuit op overname van dit begrip in de Grondwet. Het zou buiten de context van het EVRM onvoldoende passend en duidelijk zijn als normatief kader voor de beperking van het grondrecht van art. 13.<sup>72</sup> Nog daargelaten of deze kritiek juist is<sup>73</sup> komt deze thans in een ander licht te staan. Het doelcriterium 'nationale veiligheid' dient immers in het voorstel van de commissie te worden toegepast in samenhang met de noodzakelijkheids- en proportionaliteitstoets van de door de commissie voorgestelde aanvullende beperkingsclausule.<sup>74</sup> Daarmee wordt een betere aansluiting bij art. 8 EVRM bereikt dan in het regeringsvoorstel van 2004.

De commissie heeft terecht afgezien van een aparte regeling voor de bescherming van verkeersgegevens.<sup>75</sup> Verkeersgegevens zijn de verbindingsgegevens over de communicatie, zoals gegevens over wie er met wie contact heeft gehad, op welk tijdstip en op welke wijze. Verkeersgegevens geven aldus inzicht in communicatiepatronen. Hoewel er een verband bestaat tussen de bescherming van verkeersgegevens en het regelingsobject van art. 13 en verkeersgegevens gevoelige informatie kunnen bevatten, gaat het om een andersoortige problematiek. Art. 13 beoogt de inhoud van hetgeen vertrouwelijk gecommuniceerd wordt te beschermen en niet de verbindingsgegevens die op de communicatie betrekking hebben. Voor zover verkeersgegevens persoonsgegevens zijn, vallen zij wel onder de bescherming van art. 10 Gw. Uiteraard kan ook het door de commissie voorgestelde recht op bescherming van persoonsgegevens hier relevant zijn.

## 6. Conclusie

De voorstellen van de Staatscommissie Grondwet tot wijziging van art. 7, 10 en 13 Gw. verdienen serieuze overweging. Het zijn sobere en goed geformuleerde voorstellen. De commissie heeft daarbij doorgaans een goed evenwicht weten te bereiken tussen de behoefte aan een techniekonafhankelijke formulering van de genoemde artikelen en het belang van voldoende rechtszekerheid. De voorstellen dienen in beginsel dan ook te worden overgenomen. Enkele minder belangrijke punten verdienen nog nadere overweging. In het bijzonder kan worden gewezen op de wenselijkheid van een specifieke bepaling voor handelsreclame en een zorgplicht ter bevordering van de pluriformiteit van de media. Andere voorstellen moeten nog van een uitvoeriger onderbouwing worden voorzien, met name de voorstellen betreffende het recht op bescherming van persoonsgegevens.

In de komende besluitvorming dient een belangrijke rol te spelen dat de Grondwet inmiddels mijlenver achterloopt op de technologische ontwikkelingen. Dat geldt met name voor art. 13 en in iets mindere mate voor art. 7. Niets doen is redelijkerwijs geen optie meer. De grondwetgever moet tot actie overgaan. Voor het thema 'grondrechten in het digitale tijdperk' dient na twee mislukte pogingen dan ook te gelden: driemaal is scheepsrecht. De voorstellen van de Staatscommissie Grondwet vormen een voldoende basis om in dit langsepende dossier eindelijk tot concrete resultaten te komen.

# Digitale grondrechten en de Staatscommissie: op zoek naar de kern

B.J. KOOPS\*

\* Prof.dr. B.J. Koops is hoogleraar regulering van technologie, Tilburg Institute for Law, Technology, and Society, Universiteit van Tilburg. De auteur dankt Jasper Sluijs en de redactie voor hun commentaar op een eerdere versie van dit artikel.

<sup>1</sup> Zie onder meer *Rapport Commissie Grondrechten in het digitale tijdperk*, Den Haag, mei 2000; E.J. Dommering, 'De nieuwe Nederlandse Constitutie en de informatietechnologie', *Computerrecht* 2000, p. 182-183; J. Nouwt e.a., 'Grondrechten in het digitale tijdperk', *Nederlands Juristenblad* 2000, p. 1321-1327; L. Asscher, *Communicatiegrondrechten. Een onderzoek naar de constitutionele bescherming van het recht op vrijheid van meningsuiting en het communicatiegeheim in de informatiesamenleving*, diss. Amsterdam (UvA), Amsterdam: Otto Cramwinckel 2003.

<sup>2</sup> B.J. Koops, Hanneke van Schooten en Merel Prinsen, *Recht naar binnen kijken. Een toekomstverkenning van huisrecht, lichamelijke integriteit en nieuwe opsporingstechnieken*, Den Haag: Sdu 2004.

## 1. Inleiding

Het rapport van de Staatscommissie Grondwet, dat eind 2010 werd gepubliceerd onder de beeldende titel *Rapport Staatscommissie Grondwet*, bestaat conform haar opdracht ook aandacht aan grondrechten in het digitale tijdperk. In deze bijdrage bespreek ik wat de commissie daarover zegt (en niet zegt), in aanvulling op de bespreking van Luc Verhey elders in dit nummer. Waar Verhey de voorstellen vooral bespreekt vanuit het perspectief van grondrechten, zal ik de voorstellen meer benaderen vanuit het perspectief van het digitale tijdperk. Ons verschil in benadering laat zich goed illustreren aan de hand van de plaats van digitale grondrechten in de taakopdracht: waar Verhey met enige verrassing constateert: 'Zonder zichtbare aanleiding verscheen het thema in de opdracht van de Staatscommissie Grondwet', zou ik eerder stellen: zonder zichtbare aanleiding verdween het thema in de opdracht van de Staatscommissie Grondwet.

De vraag is immers waarom het thema 'grondrechten in het digitale tijdperk' nogmaals – nadat er al door de Commissie-Franken in 2000 over was geadviseerd – door een officiële commissie moest worden behandeld, en zo ja, of deze Staatscommissie daar dan een geschikte commissie voor was. Wat het eerste betreft: er was al een rijkdom aan voorstellen en standpunten voorhanden.<sup>1</sup> Er zijn twee goede redenen om opnieuw een Staatscommissie voorstellen te laten doen: ofwel de bestaande voorstellen zijn verouderd en behoeven actualisering in het licht van nieuwe ontwikkelingen, ofwel er is onvoldoende eenheid te ontwaren in de voorstellen en er is behoefte aan een nieuw, gezaghebbend advies. Beide redenen hadden in dit geval enige relevantie. De voorstellen van de Commissie-Franken waren in 2000 adequaat, maar ze waren niet bijzonder vooruitkijkend naar nieuwe technische ontwikkelingen.<sup>2</sup> Dat is des te relevanter nu in het afgelopen decennium de contouren en gevolgen van het digitale tijdperk op zijn minst flink zijn aangescherpt, maar misschien ook wel

ingrijpend zijn veranderd. Daarnaast is er een gebrek aan eenheid te zien in het moeizame traject met betrekking tot de grondrechten in het digitale tijdperk (hierna naar praktisch spraakgebruik 'GDT' genoemd). Na het echec van het wetsvoorstel om art. 13 Gw. aan te passen,<sup>3</sup> bracht de Commissie-Franken niet het gehoopte momentum – de op haar rapport gebaseerde wetsvoorstellen werden in 2004 door de Raad van State afgeserveerd, en het thema verdween vervolgens in de ijskast. Een rechtsvergelijkend onderzoek in opdracht van BZK<sup>4</sup> kon het thema niet ontgooien. Dat het thema vervolgens in 2009 aan deze Staatscommissie werd meegegeven, samen met een stapel andere – en meer politiek populaire – onderwerpen, kwam op mij dan ook vooral over als een vertragingstactiek: het thema uit de ijskast halen en langzaam laten ontgooien achterin in de koelkast. Desondanks heeft de commissie het onderwerp serieus opgepakt en voorstellen gedaan om grondrechten in het digitale tijdperk te actualiseren en te stroomlijnen.

In deze bijdrage stel ik de vraag of deze voorstellen van de Staatscommissie adequaat zijn voor het digitale tijdperk. Ik doe dat aan de hand van een algemeen voorstel van de commissie: het idee om de kern van grondrechten bijzonder te beschermen (par. 2). Vervolgens bespreek ik de gegevensbescherming (par. 3), het communicatiegeheim (par. 4), de vrije meningsuiting (par. 5) en de toegang tot overheidsdocumenten (par. 6), alsook enkele onderwerpen die helaas niet in het rapport zijn te vinden (par. 7). Ik sluit af met een conclusie (par. 8).

## 2. De kernrechtgedachte

De Staatscommissie kreeg onder andere de vraag voorgelegd of de beperkingssystematiek van de grondrechten aanpassing behoeft. De commissie meent dat over het algemeen de systematiek en de bestaande beperkingsformuleringen gehandhaafd kunnen blijven, maar stelt in aanvulling een algemene beperkingsclausule voor (p. 55):

1. Beperkingen van grondrechten gaan niet verder dan het doel van de beperking vereist.
2. De kern van grondrechten wordt niet aangetast.

Het tweede lid, de 'kernrechtbepaling', is vooral bedoeld als waarschuwing en motiveringsplicht voor de wetgever. Het gaat volgens de commissie (p. 55-56) daarbij om

'de onaantastbaarheid van de wezenlijke kern (*'the very essence'*, *'das Wesensgehalt'*) van het recht dat in de desbetreffende bepaling bescherming vindt. Zij geeft hiermee de uiterste grens van beperking aan: zelfs als beperking van een grondrecht het enige middel is om een bepaald doel te bereiken, en zelfs als dit doel van zwaarwegend belang is, is zo'n beperking niet aanvaardbaar voor zover zij de kern van het grondrecht aantast.'

# arti- kelen

3 Zie *Kamerstukken II* 1998/99, 25 443, nr. 40d en voorgaande stukken.

4 Ronald Leenes, Bert-Jaap Koops en Paul De Hert (red.), *Constitutional rights and new technologies: a comparative study*, The Hague: T.M.C. Asser Press 2008.

Deze kernrechtbepaling is een interessant maar ook verstrekkend voorstel. Het kan de normatieve werking van de Grondwet – een van de leidende gedachten voor de commissie – versterken: tot hier en niet verder. Maar door te stellen dat de kern van het grondrecht absoluut is, maakt de commissie het vrijwel onmogelijk om hieraan normatieve werking te ontleenen. Welke onderdelen van grondrechten zijn zó fundamenteel dat ze onder geen omstandigheid mogen wijken voor andere belangen? De wetgever zal in bijna alle gevallen gaan beargumenteren dat een bepaalde inbreuk niet de kern van het grondrecht raakt. Daarover valt vervolgens wel te discussiëren, maar dan verschuift de discussie over de wenselijkheid en toelaatbaarheid van een inbreuk naar een semantische discussie over de kern van het grondrecht. Materieel schieten burgers daar denk ik weinig mee op. Het is beter om de op zich waardevolle kernrechtgedachte in te voeren in de vorm van een kern met daaromheen één of meer schillen van afnemende beschermwaardigheid, waarbij naarmate men dichter bij de kern komt de ruimte voor inbreuken afneemt en de motiveringsplicht navenant zwaarder wordt.

In die vorm kan een kernrechtbepaling een interessante aanvulling zijn op onze grondrechtensystematiek. Het veronderstelt wel dat voldoende duidelijk is wat de kern van een grondrecht is. Bij sommige grondrechten is dat duidelijker dan bij andere. We kunnen de proef op de som nemen en kijken of de commissie zelf voldoende helderheid schept in het aanduiden van de kern van de door haar voorgestelde grondrechten.

### 3. Gegevensbescherming

De commissie stelt unaniem (het feit dat ik, met Verhey, geneigd ben om hier een uitroep teken achter te zetten is veelzeggend) voor om de bescherming van persoonsgegevens af te splitsen van het grondrecht op privacy. Dat is winst. In de literatuur is overtuigend beargumenteerd dat privacy en gegevensbescherming weliswaar verwant maar ook principieel verschillend zijn,<sup>5</sup> en inmiddels is met het Handvest van de Grondrechten van de EU ook een internationaalrechtelijke basis voor deze splitsing voorhanden.

Maar dan. Als we het erover eens zijn dat het beschermen van persoonsgegevens als zelfstandig grondrecht vormgegeven moet worden, hoe moet het er dan uit zien? Hier biedt de Staatscommissie weinig houvast. De toelichting is summier, en met maar liefst drie (!) voorstellen kunnen we vele kanten op. Nu is het zo dat twee van de voorstellen een minderheidsstandpunt betreffen van hetzelfde lid, Overkleef-Verburg, en dat het vast niet de bedoeling is dat haar voorstel in de hoofdtekst (p. 84) afwijkt van dat in de bijlage met toelichting (p. 148). Mijn indruk is dat het voorstel in

<sup>5</sup> Zie eerst en vooral Peter Blok, *Het recht op privacy*, diss. Tilburg, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2002.

de hoofdtekst uit een eerdere versie afkomstig is (dat spreekt van het atypische 'Eenieder' en 'bij en krachtens de wet') waar de bijlage een latere versie betreft, maar dat is speculatie.

In elk geval biedt deze redactionele misser een prachtig domein voor tekstanalyse. In de tekstvarianten komt bijvoorbeeld een cruciaal aspect naar voren: moet gegevensbescherming worden vormgegeven als subjectief (afweer)recht – zoals de commissie in meerderheid voorstelt –, of als regelopdracht (zoals in het huidige art. 10 Gw.)? Het is een teken aan de wand dat het minderheidsstandpunt in één versie (p. 84) het derde lid – kennisneming en verbetering – vormgeeft als regelopdracht, en in de andere versie (p. 148) als subjectief recht. Nog subtieler is het verschil in het tweede lid: 'De verwerking van persoonsgegevens wordt geregeld bij en krachtens de wet' respectievelijk 'Persoonsgegevens worden verwerkt ingevolge bij de wet te stellen regels'. De eerste variant klinkt als een regelingsopdracht, terwijl de tweede variant iets meer klinkt als een subjectief recht met regelingstrekjes. Het meerderheidsvoorstel is veel explicieter als subjectief recht geformuleerd: Ieder heeft recht op bescherming van zijn persoonsgegevens (lid 1), die alleen voor welbepaalde doeleinden en op toestemmings- of wettelijke grondslag mogen worden verwerkt (lid 2), en ieder heeft recht op inzage, kennisneming en correctie (lid 3). Het is opmerkelijk dat de keuze voor een subjectief recht, dat daarin sterk afwijkt van de huidige regelingsopdracht in art. 10 Gw. niet wordt gemotiveerd of toegelicht. Slechts terloops wordt op p. 49 aangestipt dat, mocht het wetsvoorstel-Halsema over constitutionele toetsing worden aangenomen, het nieuwe grondrecht op gegevensbescherming aan de catalogus zou kunnen (moeten?) worden toegevoegd; saillant is immers dat dit wetsvoorstel art. 10 lid 2-3 (niet zijnde een afweerrecht) niet noemt als toetsingsgrondrechten.

Evenmin besteedt het rapport aandacht aan de horizontale werking van het voorgestelde afweerrecht. Nu het niet meer als regelopdracht (waarbij redelijk vanzelf ook de private sector wordt meegeregeld) maar als subjectief recht, en dus primair tegenover de overheid, wordt vormgegeven, rijst de vraag in hoeverre het recht inroepbaar is tegen verwerking door private partijen. Nu kent art. 8 EVRM flinke positieve verplichtingen en ligt het voor de hand dat een nieuw artikel ruimhartig horizontale werking zal worden toegekend, maar dat had dan wel even mogen worden geëxpliciteerd. Ik zie overigens ook uit naar de vele rechtszaken die we tegemoet mogen zien wanneer de overheid zich onvoldoende kwijt van haar taak om in wetgeving en rechtspraktijk de bescherming te waarborgen van consumenten tegen verwerking van hun persoonsgegevens door Google, Facebook en Amazon. Het kan nog druk worden bij de constitutionele rechter.



Op zich valt er veel te zeggen voor een subjectief grondrecht op gegevensbescherming. De ontwikkeling van het gegevensbeschermingsrecht heeft duidelijk constitutionele trekken, getuige niet alleen Verdrag 108 van de Raad van Europa<sup>6</sup> en art. 8 van het Handvest, maar ook de EHRM-rechtspraak over art. 8 EVRM.<sup>7</sup> In de literatuur wordt regelmatig een recht op informatiele zelfbeschikking ingeroepen, meestal onder verwijzing naar het Duitse *Volkszählungsurteil*.<sup>8</sup> Maar nog los van de vraag of zo'n recht op informatiele zelfbeschikking ook feitelijk bestaat (*de jure*, anders dan *de desiderione*), wat ik sterk betwijfel, is het onduidelijk wat een subjectief recht op bescherming van persoonsgegevens dan precies moet behelzen. Wat is de kern van dit grondrecht?

Dit wordt niet uitgelegd in het rapport, dus we moeten hier zelf iets op vinden. Men zou kunnen stellen dat het grondrecht het hele 'dataprotectie-acquis' omvat, wat naar redelijke consensus min of meer uit Verdrag 108, de OESO-richtlijnen<sup>9</sup> en Richtlijn 95/46/EG bestaat. Maar het is enigszins de omgekeerde wereld om een nieuw grondrecht in te vullen aan de hand van bestaande richtlijnen en niet-constitutionele wetgeving. De Wet bescherming persoonsgegevens (gebaseerd op Richtlijn 95/46) moet de Grondwet volgen, niet omgekeerd. Bovendien is de Richtlijn complex en veelomvattend. Is het bijvoorbeeld een constitutioneel recht dat, wanneer een instantie bij een betrokkene persoonsgegevens opvraagt, de instantie daarbij informatie verstrekt 'of men al dan niet verplicht is om te antwoorden en de eventuele gevolgen van niet-beantwoording' (art. 10 lid c Richtlijn)? Is het, constitutioneel gesproken, verplicht om het verzet tegen verwerking van persoonsgegevens voor direct marketing kosteloos te kunnen doen (art. 14 Richtlijn)? Is de meldingsplicht bij toezichthouders voor dataverwerkers constitutioneel van aard? Ik betwijfel eerlijk gezegd of het de bedoeling kan zijn van een grondrecht op bescherming van persoonsgegevens om dergelijke details uit lagere wetgeving binnen te halen.

Het ligt meer voor de hand aan te sluiten bij de meer abstracte algemene beginselen van dataprotectie, die redelijk compact zijn geformuleerd in Verdrag 108 en de OESO-richtlijnen. Maar ook dit is twijfelachtig, nu enkele van deze beginselen apart worden gespecificeerd in leden 2 (doelbinding en grondslag) en 3 (kennisneming en correctie) van het voorstel, terwijl andere beginselen niet expliciet worden vermeld, zoals het beveiligingsbeginsel, het datakwaliteitsbeginsel of het verantwoordingsbeginsel.<sup>10</sup> Moeten we de rechten uit het tweede en derde lid zien als verbijzonderingen van het algemene recht uit het eerste lid en zo ja, wat rechtvaardigt dan deze aparte vermelding – behoeven deze beginselen meer bescherming dan andere, of zijn ze zelfs een aanduiding van de kern van het grondrecht? Dat laatste zal wel niet; als doelbinding een absolute kern

6 Convention for the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data, CETS 108, <<http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/QueVoulezVous.asp?NT=108&CL=ENG>>.

7 Paul De Hert en Serge Gutwirth, 'Data Protection in the Case Law of Strasbourg and Luxembourg: Constitutionalization in Action', in: Serge Gutwirth e.a. (eds), *Reinventing Data Protection?*, Berlin: Springer 2009, p. 57-71.

8 BVerfG 15 december 1983, BVerfGE 65, 1.

9 OECD Guidelines on the Protection of Privacy and Transborder Flows of Personal Data, beschikbaar via <<http://www.oecd.org>>.

10 Zie *ibid*.

van gegevensbescherming zou uitmaken, dan kunnen de politie en de AIVD hun bevoegdheden om gegevens bij derden op te vragen vergeten, en dat kan niet de bedoeling zijn. Ik weet ook niet waarom deze beginselen meer of explicietere bescherming zouden behoeven dan de niet genoemde algemene dataprotectiebeginselen. Ik zou ofwel kiezen voor een algemene verwijzing, ofwel voor een aanduiding van álle beginselen. Wat de verwijzing naar een grondslag voor gegevensverwerking in lid 2 betreft moet nog worden opgemerkt dat het voorstel van de commissie vragen oproept: verwerking mag alleen 'a) hetzij met toestemming van de betrokkene, b) hetzij op grond van bij de wet te stellen regels'. Hiermee lijkt de commissie te suggereren dat toestemming primaat heeft boven andere grondslagen, en wellicht ook dat toestemming wettelijke grondslagen kan doorbreken (bijvoorbeeld als de wet zegt dat het voor bedrijven verboden is om ras- en geloofsgegevens te verwerken voor marketingdoeleinden, dan zou het bedrijf dat alsnog kunnen doen als het toestemming van consumenten vraagt en krijgt). De belangrijke grondslag van contractuele verplichting (art. 8 onder b Wbp) lijkt verdwenen te zijn (tenzij je gekunsteld redeneert dat 'bij de wet te stellen regels' ook het contractrecht omvat, maar dat is dan een vage grondslag voor concrete verwerkingen). Bovendien is het, voor een subjectief en dus klassiek afweerrecht, misleidend om toestemming vooraan te zetten, omdat juist verwerkingen door de overheid van gegevens van burgers vaker op basis van wettelijke verplichtingen dan op basis van toestemming plaatsvinden. Het zou kortom beter zijn, als je per se de grondslag specifiek wilt vermelden in het grondrecht, om algemeen te verwijzen naar 'rechtmatige grondslag', waaronder dan alle grondslagen vallen die art. 7 Richtlijn en art. 8 Wbp noemen.

Een ander mogelijk houvast bij de zoektocht naar de kern van het voorgestelde recht op bescherming van persoonsgegevens is de inkleuring van het grondrecht. Volgens de commissie (p. 81) maakt verzelfstandiging van het recht duidelijk dat gegevensbescherming niet alleen raakt aan privacy, maar ook aan vrijheid van meningsuiting en het discriminatieverbod. Ook geeft het uitdrukking aan 'de toegenomen betekenis van de verwerking van persoonsgegevens en de wenselijkheid van een behoorlijke bescherming in de huidige samenleving' (p. 82). De commissie geeft echter niet aan wat er precies beschermd moet worden in de huidige samenleving. Is dat het individu of de economie (die baat heeft bij de vrije uitwisseling van persoonsgegevens in de interne markt, wat één van de twee doelstellingen van Richtlijn 95/46 is)? Gezien de vormgeving als subjectief recht mogen we aannemen dat het gaat om het eerste. Maar welke belangen van het individu beoogt het artikel precies te beschermen? De autonomie? De menselijke waardigheid (wat dat ook mag zijn)? De informa-

tionele zelfbeschikking? En hoe moeten deze abstracte beginselen worden ingekleurd als we moeten beoordelen of een dataverwerker inbreuk mag maken op de gegevensbescherming van een individu? De wetgever en de rechter zullen, op basis van de kernrechtbepaling, moeten weten of een afwijking – van de doelbinding, kennisneming, correctie, het verbod op puur automatische beslissingen – de kern van de bescherming raakt. Zonder zorgvuldig uitgewerkte en gemotiveerde toelichting van de achterliggende gedachte waarom persoonsgegevens in het digitale tijdperk zelfstandige grondrechtelijke bescherming behoeven, valt het grondrecht niet te interpreteren en toe te passen. In een context waarin de Wet bescherming persoonsgegevens al weinig bekend is en als moeilijk hanteerbaar en interpreteerbaar wordt gezien,<sup>11</sup> zal een zelfstandig maar vaag grondrecht op gegevensbescherming eerder afbreuk doen aan de rechtsbescherming, dan dat het de normativiteit van de bescherming versterkt.

Samenvattend kom ik tot de conclusie dat het voorstel om gegevensbescherming als zelfstandig en subjectief grondrecht in te voeren, weliswaar sympathiek is, maar door de afwezige onderbouwing en toelichting een mijnenveld neerlegt voor wetgevers, rechters of rechtsgeleerden die op zoek gaan naar de kern van het grondrecht. Tot hoever het afweerrecht reikt, ook in horizontale verhoudingen, en wat het precies beoogt te beschermen, vergt nog substantiële nadere reflectie vooraleer het rijp is voor opnemings in de grondrechtencatalogus. Verder vraagt ook aandacht de verwijzing naar specifieke beginselen naast een algemene bepaling; mijns inziens past of een algemene verwijzing naar de beginselen van behoorlijke gegevensverwerking of een expliciete aanduiding van alle beginselen uit het dataprotectie-acquis.

#### 4. Het (tele)communicatiegeheim

Het brief-, telefoon- en telegraafgeheim is evident aan actualisering toe. Maar hoe? Sinds Hofman in 1995 de toon heeft gezet door te stellen dat het in de kern gaat om bescherming van vertrouwelijke communicatie (en dus niet van niet-vertrouwelijke communicatie),<sup>12</sup> lijkt er haast geen andere benadering meer mogelijk. De commissie-Franken stelde onverdroten een vergelijkbare Hofmaniaanse formulering voor ('Ieder heeft het recht vertrouwelijk te communiceren') als in het voorafgaande wetsvoorstel, dat tot een rampzalige procesgang in Tweede en Eerste Kamer had geleid (wat juist de aanleiding vormde om die commissie in te stellen). Vervolgens kwam het op de commissie-Franken gebaseerde wetsvoorstel met eenzelfde formulering ('Het recht op vertrouwelijke communicatie is

11 G.-J. Zwenne e.a., *Eerste fase evaluatie Wet bescherming persoonsgegevens. Literatuuronderzoek en knelpuntanalyse*, Leiden: eLaw@Leiden 2007, <[http://www.wodc.nl/images/1382a\\_vollledige\\_tekst\\_tcm44-61969](http://www.wodc.nl/images/1382a_vollledige_tekst_tcm44-61969)>; H.B. Winter e.a. (2008), *Wat niet weet wat niet deert. Een evaluatieonderzoek naar de werking van de Wet bescherming persoonsgegevens in de praktijk*, Den Haag: WODC, <<http://www.wodc.nl/onderzoeksdatabase/evaluatie-wet-bescherming-persoonsgegevens-wbp-2e-fase.aspx#>>.

12 J.A. Hofman, *Vertrouwelijke communicatie: een rechtsvergelijkende studie over de geheimhouding van communicatie in grondrechtelijk perspectief naar internationaal, Nederlands en Duits recht*, diss. Amsterdam (VU), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995.

onschendbaar’),<sup>13</sup> die door de Raad van State was afgeserveerd (waarschuwend ‘tegen het zo onbepaald maken van een traditioneel veel strikter omschreven grondrecht’).<sup>14</sup> Na deze herhaalde kritiek op ‘vertrouwelijke communicatie’ als kern van het grondrecht, zou de Staatscommissie zich achter de oren hebben moeten krabben. Gaat het in de kern wel om de bescherming van vertrouwelijke communicatie? De commissie meent van wel:

‘het belang van de bescherming van het hier aan de orde zijnde grondrecht is dat men in een democratische samenleving vertrouwelijk met elkaar moet kunnen communiceren, zonder de angst dat de overheid meeluistert’ (p. 85).

Het gaat daarbij om communicatie die ‘objectief gezien als vertrouwelijk moet worden gekwalificeerd en waarbij een redelijke verwachting van vertrouwelijkheid kan bestaan’. Feitelijk komt dit neer op de *Katz*-test zoals die in de VS wordt gehanteerd:<sup>15</sup> het moet gaan om een subjectieve verwachting van vertrouwelijkheid die door de maatschappij (‘objectief’) als redelijk wordt gezien. De commissie schept meer helderheid dan sommige voorgaande voorstellen door expliciet te stellen dat de bescherming geldt voor de duur van het transport; zodra de communicatie is ontvangen, vervalt de bescherming onder art. 13 en blijft bescherming onder art. 10 of 12 (huisrecht) over. Voor gevallen waarin er nog overlap bestaat tussen transport en ontvangst – een email- of stempostbericht dat in de in-bus van de gebruiker staat maar nog niet is afgeluisterd, het is dan wel ontvangen maar ook nog bij de transporteur – stelt de commissie het bruikbare criterium voor dat het kennisnemen via de transporteur onder art. 13 valt en het kennisnemen via de gebruiker (bijvoorbeeld bij huiszoeking) onder art. 10 of 12 (p. 87). Dat is op zichzelf helder.

Nu lijkt het misschien spijkers op laag water zoeken, maar voor de zoektocht naar de kern moeten we een atypisch voorbeeld bekijken dat niet strookt met het voorgestelde criterium. Wat als iemand een brief schrijft aan de kinderen om te lezen na het overlijden en dit in een dichtgeplakte envelop met opschrift ‘Aan mijn nabestaanden’ in het dressoir opbergt? Dit is een duidelijk geval van vertrouwelijke communicatie, lijkt me. Er is echter geen sprake van transport, althans in dit geval valt de transporteur samen met de gebruiker. Valt bij een opsporingsdoorzoeking deze brief nu onder de bescherming van art. 10 en 12 of (ook) onder art. 13? Volgens de commissie is art. 13 niet van toepassing: de overheid neemt immers kennis van de inhoud ‘bij de verzender of de ontvanger’. Maar als dat zo is, moet men zich afvragen of het voorgestelde art. 13 wel echt bedoeld en geschikt is om vertrouwelijke communicatie te beschermen. Als het idee

13 *Kamerstukken II* 1996/97, 25 443, nrs. 1-2.

14 Advies Raad van State 24 januari 2002, bijgevoegd bij brief van de Minister aan de Koningin d.d. 29 oktober 2004, kenmerk 0000018194.

15 *Katz v. United States*, 389 US 347 (1967).

is dat iemand vertrouwelijk moet kunnen communiceren zonder dat de overheid meeluistert, dan zou ook de brief aan de nabestaanden op deze grondslag moeten worden beschermd. Waarom zou wel het gesprek met de buurman over de heg en een muurberichtje aan vrienden op Facebook onder art. 13 – met de sterke rechtsbescherming van rechterlijke controle – vallen, maar niet de veel vertrouwelijker communicatie die op andere manieren dan communicatietransport of een ‘live gesprek’ wordt gevoerd? Ik zie ook niet goed in waarom vertrouwelijke communicatie principieel bescherming tegen overheids-meeluisteren verdient tijdens transport maar niet voor of na het transport. Als de kern is het beschermen van vertrouwelijke communicatie *als zodanig*, zou het principieel niet moeten uitmaken of de overheid een brief in beslag neemt bij de postbode of bij de gebruiker, evenmin als het uitmaakt of de brief nog gesloten en ongelezen is of gelezen en opgeborgen. De vertrouwelijkheid van de communicatie tegen een meelezende overheid is in deze gevallen evenzeer in het geding. De keuze voor vertrouwelijke communicatie als kern en tegelijk beperking voor de duur van transport is dus inconsistent.

Het minderheidsstandpunt, wederom van Overkleeft-Verburg, kiest voor een fundamenteel andere benadering: de kanaalbescherming. Zij herformuleert art. 13 als een brief- en telecommunicatiegeheim en een recht op vrijwaring van heimelijke opname van mondeling<sup>16</sup> gevoerde gesprekken. Haar toelichting (p. 149-153) is aanzienlijk scherper en overtuigender dan het nauwelijks toegelichte meerderheidsvoorstel. Terecht wijst Overkleeft-Verburg op een spanningsveld tussen de bedoeling van de commissie – het uitbreiden van art. 13 met Internet- en live-communicatie – en de formulering die in plaats van trajectbescherming de nadruk legt op vertrouwelijke communicatie. Een probleem van dat laatste – naast de hierboven aangestipte problemen – is dat niet-vertrouwelijke communicatie tijdens het transport in principe niet beschermd zou moeten worden, maar dat het veelal onmogelijk en ook onwenselijk is dat transporteurs gaan differentiëren tussen vertrouwelijke en niet-vertrouwelijke communicatie.

Een andere ontwikkeling die in de discussie moet worden betrokken is dat de communicatie-infrastructuur leidt tot substantieel andere patronen van omgang met informatie. *Cloud computing* is momenteel het sleutelbegrip: het aanbieden van diensten voor informatieopslag en -verwerking onafhankelijk van locatie – denk aan diensten als Google Docs<sup>17</sup> waarbij je tekstbestanden, rekenbladen, foto's of referentiebibliotheken op afstand opslaat (in ‘de cloud’, wat aanduidt dat het onbekend en ook irrelevant is waar de servers staan waarop de informatie wordt opgeslagen). Mensen

<sup>16</sup> Het is een detail, maar men zou kunnen nadenken over een formulering die ook ‘live’ gesprekken in gebarentaal afdekt, als we art. 1 Gw. recht willen doen.

<sup>17</sup> <<http://docs.google.com>>.

gebruiken dit zodat ze vanaf elke plaats bij hun bestanden kunnen. Het opslaan van bestanden in de *cloud* is functioneel equivalent met het opslaan van bestanden op de thuiscomputer, wat weer een equivalent is van het bewaren van fotoalbums, plak- en dagboeken en administratiemappen in de kast. Nu vallen deze laatste dingen onder de bescherming van het huisrecht. In de *cloud* opgeslagen gegevens doen dat niet; dat is misschien terecht omdat de redelijke privacyverwachting kleiner is als je bestanden voor opslag aan een derde toevertrouwt (zeker als die derde Google is), maar het roept wel enige vragen op over hoe het huisrecht vormgegeven moet worden in het digitale tijdperk waarin veel klassieke binnenhuiselijke activiteiten zoveel buitenhuiselijke effecten hebben. Dat is andere materie. Waar het hier om gaat is dat het transport van bestanden tussen huis (of waar dan ook) en *cloud* ook bescherming behoeft, en dat daarvoor klassiek het transportgeheim van art. 13 Gw. bedoeld is. Maar het gaat niet om communicatie als zodanig.

Het begrip 'communicatie' wordt niet uitgelegd in het rapport, en ook in voorgaande discussies nauwelijks toegelicht.<sup>18</sup> Men kan voor de interpretatie aanhaken bij de definitie in de strafvordering: 'de uitwisseling van berichten tussen twee of meer personen'.<sup>19</sup> Iemand die extern bestanden opslaat, net zoals iemand die telewerkt en daarbij bestanden tussen huiscomputer en werkserver uitwisselt, is echter niet aan het communiceren maar bestanden aan het opslaan. Nu kun je redeneren dat iemand met zichzelf 'communiqueert' of met een computer communiceert, maar dat is een gekunstelde interpretatie van het begrip 'communicatie'. Juist hier wringt de keuze van de commissie om 'vertrouwelijke communicatie' als kern van de bescherming aan te duiden: in het digitale tijdperk is veel van wat er over het telecommunicatienetwerk gaat feitelijk geen communicatie, terwijl het uit het oogpunt van rechtsbescherming wel bescherming verdient tegen af luisteren of opnemen door de transporteur of de overheid. Daarom zou de kern van de bescherming in art. 13 Gw. mijns inziens niet vertrouwelijke communicatie *als zodanig* moeten zijn, maar uitwisseling van gegevens *die aan een derde voor transport worden toevertrouwd*. Dat wordt gevat onder het klassieke post-, telegrafie- en telefoongeheim, dat van oudsher transportbescherming biedt en dat daarom in het digitale tijdperk het best kan worden geformuleerd als een post- en telecommunicatiegeheim.<sup>20</sup> Deze benadering, om transport te beschermen tegen onderscheppen door de overheid, ongeacht de inhoud van wat er wordt getransporteerd, is zuiverder en beter af te bakenen dan de benadering om communicatie, laat staan vertrouwelijke communicatie, als zodanig te beschermen. Het minderheidsstandpunt verdient dus de voorkeur boven het meerderheidsstandpunt.

18 Zie B.J. Koops, *Strafvorderlijk onderzoek van (tele)communicatie 1838-2002. Het grensvlak tussen opsporing en privacy*, Deventer: Kluwer 2002, p. 40-42.

19 *Kamerstukken II 1996/97, 25 403, nr. 3*, p. 36.

20 De mogelijke kritiek dat 'telecommunicatie' een (te) techniekafhankelijke formulering zou zijn, deel ik niet. Het is een abstract begrip dat, letterlijk, communicatie op afstand aanduidt; het kan alle technische verschijningsvormen daarvan omvatten en hoeft niet noodzakelijk gekoppeld te zijn aan het striktere begrip uit de Telecommunicatiewet.

De vraag of het 'live-gesprek' ook beschermd moet worden en zo ja, hoe, moet mijns inziens worden losgekoppeld van de vraag hoe het brief-, telefoon- en telegraafgeheim moet worden herzien. De reden hiervoor is gelegen in de historische achtergrond van art. 13 Gw. als een transportgeheim. Er zijn denk ik goede redenen om onmiddellijke communicatie (zoals ik het liever zou noemen, ter onderscheiding van de middellijke vormen van communicatie, die een communicatiekanaal gebruiken) grondrechtelijk te beschermen, nu op afstand af luisteren simpel en onzichtbaar kan plaatsvinden. Bescherming via art. 13, zoals het minderheidsstandpunt voorstelt, is mogelijk, maar laten we ons daar niet op blindstaren. Het gaat mijns inziens om een ander type kwetsbaarheid dan bij het transportgeheim aan de orde is. Bij dit laatste speelt dat gegevens aan een derde worden toevertrouwd – waarmee beschikkingsmacht uit handen wordt gegeven – terwijl het bij onmiddellijke communicatie meer gaat om heimelijke observatie. De kwetsbaarheid van heimelijke observatie speelt eveneens bij het huisrecht (infrarood- en terahertzcamera's) en bij lichamelijke integriteit (infrarood- en mobiele bodyscanners), evenals bij niet-communicatieve uitingen zoals heimelijke observatie van privégedrag. In plaats van bescherming van onmiddellijke communicatie bij art. 13 onder te brengen, zou men ook kunnen overwegen een zelfstandig artikel te creëren dat bescherming biedt tegen alle vormen van (directe)<sup>21</sup> heimelijke observatie, als nieuwe verbijzondering van het algemene privacyrecht.

21 Ter onderscheiding van de observatie via derden, die bij het communicatietransportgeheim aan de orde is.

22 Het enige steekhoudende argument om verkeersgegevens wél in art. 13 te vermelden, noemt het rapport niet; dat is het argument van de Amsterdamse school dat verkeersgegevens zodanig samenhangen met het gebruik van een communicatiekanaal dat ze gezamenlijk beschermd moeten worden; anders zou bijvoorbeeld het kennisnemen van verkeersgegevens een verkillend effect kunnen hebben op de mogelijkheid om vertrouwelijk te telecommuniceren. Zie Asscher 2003, p. 245; W. Steenbruggen, *Publieke dimensies van privé-communicatie. Een onderzoek naar de verantwoordelijkheid van de overheid bij de bescherming van vertrouwelijke communicatie in het digitale tijdperk*, diss. Amsterdam (UvA), Amsterdam: Otto Cramwinckel 2009, p. 57.

Tot slot nog het vraagstuk van verkeersgegevens. De commissie vindt deze beschermwaardig, maar niet in bijzondere mate. In lijn met de keuze voor bescherming van de inhoud van communicatie als zodanig, vindt de commissie dat het algemene recht van art. 10 Gw. of het nieuwe grondrecht op gegevensbescherming voor verkeersgegevens volstaat. Het minderheidsstandpunt wil ze wel als zelfstandige categorie beschermen in art. 13, maar de argumentatie daarvoor (p. 152-153) is minder overtuigend dan het de rest van het minderheidsvoorstel op dit terrein. Het feit dat verkeersgegevens in allerlei regelgeving worden beschermd en gevoelige informatie bevatten en dat regelgeving (Richtlijn 2002/58/EG) ook bedrijfsverkeersgegevens beschermt (welke gegevens niet onder het grondrecht op gegevensbescherming vallen), geeft mijns inziens onvoldoende basis om deze gegevens als zelfstandige categorie te beschermen.<sup>22</sup> Bedrijfs(verkeers)gegevens verdienen geen constitutionele bescherming, terwijl verkeersgegevens qua gevoeligheid niet kwetsbaarder zijn dan veel andere soorten gegevens (zoals financiële, seksuele of etnische). Als men vindt dat gevoelige gegevens aanvullende bescherming behoeven, gezien de ruime beperkingsclausules in art. 10 en het grondrecht

op gegevensbescherming, dan kan men beter in die grondrechten een aanvullend lid opnemen dat zwaardere eisen stelt aan kennisneming en verwerking van gevoelige persoonsgegevens in het algemeen.<sup>23</sup>

## 5. Vrijheid van meningsuiting

Art. 7 Gw. is vermoedelijk het meest ingrijpend aan vernieuwing toe, en de commissie besteedt dan ook evenveel pagina's aan art. 7 als aan art. 10 en 13 gezamenlijk. Er spelen diverse vraagstukken: niet alleen de actualisering van de pre-digitale 'drukkers' maar ook of en, zo ja, hoe ontvangst en garing, radio en televisie, minderjarigen en handelsreclame apart vermelding behoeven. Daarnaast speelt het vraagstuk van pluriformiteit van de media, dat de Commissie-Franken al aansneet. Opmerkelijk is dat over het hoofdpunt – de herformulering van het algemene recht in lid 1 – de commissie een unaniem standpunt inneemt, terwijl over de overige onderwerpen vaak verschillend wordt gedacht. Over al deze onderwerpen valt veel te zeggen, maar ik laat de discussie daaromtrent over aan specialisten op dit terrein.

Hier wil ik mij beperken tot het algemene punt van wat de kern is of zou moeten zijn van het grondrecht op vrijheid van meningsuiting in het digitale tijdperk. Volgens de commissie biedt art. 7 historisch 'een verbod voor de overheid om van burgers te eisen dat zij voorafgaande toestemming van de overheid vragen voor het uiten van gedachten en gevoelens (het openbaren)' (p. 71), waarop de commissie zoveel mogelijk wil aansluiten, behoudens het terechte vervangen van 'gevoelens' door 'meningen'. Waar het artikel voorheen primaat gaf aan openbaring via de drukpers, stelt de commissie dat er in het digitale tijdperk 'nieuwe categorieën van voor vrije meningsuiting geschikte media, zoals die welke gebruik maken van internet' (p. 70) zijn bijgekomen, en stelt daarom een geheel media-onafhankelijke formulering voor. Deze formulering drukt een algemeen openbaringsrecht uit, ongeacht medium.

De commissie lijkt er hier van uit te gaan dat de opkomst van de zogeheten 'nieuwe media' simpelweg een aanvulling zijn op het medialandschap dat vroeger bestond uit drukpers, radio en tv. Daarom volstaat zij met een primair wetstechnische herformulering die geen inhoudelijke reflectie biedt op de kern van de bescherming. Daarmee miskent de commissie dat het Internet en de daarmee samenhangende 'nieuwe media' niet alleen een uitbreiding zijn van het arsenaal aan uitingsmogelijkheden, maar ook gepaard gaan met fundamentele maatschappelijke veranderingen in communicatie en gedrag.

Fortuyn voelde enkele jaren geleden de tijdsgeest haarfijn aan met zijn adagium 'Ik zeg wat ik denk en ik doe wat ik zeg.' Dit Fortuynisme gaat

23 Daarmee is overigens niet gezegd dat (bepaalde categorieën) verkeersgegevens geen aanvullende bescherming behoeven in lagere wetgeving; zie daarover A.H.H. Smits, *Strafvorderlijk onderzoek van telecommunicatie*, diss. Tilburg, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2006; J.C. Fischer, *Communications Network Traffic Data. Technical and Legal Aspects*, diss. Eindhoven, Eindhoven: TU/e 2010.



ervan uit dat je eerst iets denkt en dat vervolgens zegt. Sommige blogs wekken echter de indruk dat er niet altijd een verband bestaat tussen zeggen en denken. Ook het laatste deel van het adagium wordt inmiddels regelmatig omgedraaid in het Twittertijdperk: niet 'ik doe wat ik zeg' maar 'ik zeg wat ik doe'. Kijk naar tweets als 'Pff, de verwarming in de trein is wel heel erg opgestookt' of 'Op thuiswerkdag nu even in wachtkamer van mondhygiëniste. Moet helaas ook gebeuren'.<sup>24</sup> Zijn dit 'gedachten' of 'meningen' in de zin van het voorgestelde art. 7 lid 1 Gw.? Zonder definitie of nadere omschrijving van deze begrippen – waar de commissie niets over zegt – heeft de rechter veel interpretatievrijheid om de begrippen 'gedachte' en 'mening' al dan niet van toepassing te achten op dergelijke uitingen in het web 2.0-tijdperk. Misschien gaat het bij een deel van wat er op nieuwe media te lezen, te zien en te horen valt, niet zozeer om een functioneel equivalent van de oude drukpers, maar eerder om een functioneel equivalent van de rondzendbrief, waarbij het niet primair gaat om het *openbaren* van een uiting maar meer om het *communiceren* van een uiting naar een (meer of minder bepaalde) groep volgers. In web 2.0 liggen publieke communicatie en niet-publieke communicatie dicht tegen elkaar aan. Het feit dat een uiting publiek *beschikbaar* is, wil niet per se zeggen dat het ook een publieke *functie* heeft. Asscher merkt op dat het niet vaststaat dat art. 7 ook van toepassing is op 'niet-openbaar bedoelde communicatie'.<sup>25</sup> Wie voorstelt om het censuurverbod medianeutraal te formuleren, zal in dat licht op zijn minst nader moeten aanduiden wat moet worden verstaan onder 'gedachten', 'meningen' en 'openbaren' en hoe deze van toepassing zijn op nieuwe media.<sup>26</sup>

Als men nu kiest voor een ruim toepassingsbereik van het 'openbaren van gedachten of meningen' – waar veel voor te zeggen valt, omdat het moeilijk is een afbakeningslijn te trekken – zal er, de kernrechtgedachte indachtig, wel iets moeten worden gezegd over wat tot de kern en wat tot de periferie van het censuurverbod behoort. Ook hier laat de commissie een steek vallen, door nauwelijks aan te duiden waar we de kern moeten zoeken. Daarmee heeft de rechter geen houvast om de proportionaliteit te kunnen beoordelen van inbreuken op de vrije meningsuiting. Wanneer de wetgever het medianeutrale voorstel van de commissie overneemt, zal hij in de toelichting hopelijk uitgebreider en scherper dan de commissie ingaan op wat de kern van de vrije meningsuiting is. Wat mij betreft gaat het bij de vrije meningsuiting in de kern om het publieke belang dat gedachten en meningen vrijelijk kunnen worden geuit, waarmee het publieke debat kan worden verrijkt, verbreed en verscherpt. Dat is geen absoluut onaantastbare kern, maar wel een kern waar de motiveringsplicht voor censuurmaatregelen het zwaarst, en de rechterlijke toetsing van proportionaliteit van die maatregelen het scherpst is.

24 Twee tweets van Valérie Frissen op 11 resp. 28 januari 2011, <<http://twitter.com/vfrissen>>.

25 Asscher 2003, p. 236.

26 Vgl. over de complexe toepassing van het begrip 'openbaarheid' op Internet: S. van der Hof e.a., *Openbaarheid in het internettijdperk. De invloed van ICT op juridische concepten van openbaarheid*, Den Haag: Sdu 2006.

## 6. Toegang tot overheidsdocumenten

Er valt veel te zeggen over de vraag of en in hoeverre er een grondrecht moet komen op toegang tot (of openbaarheid van) overheidsinformatie of, iets beperkter maar wel relevanter, overheidsdocumenten. Daar is weinig ruimte voor binnen het bestek van deze bijdrage – evenals bij de commissie die dit niet in haar taakopdracht zag. Een driepersoonsminderheid stelt een grondrecht voor op toegang tot bestuurlijke documenten, in aanvulling op art. 110 Gw. (p. 90-91). Ik deel de gedachte van de minderheid dat een dergelijke toegang de kern raakt van de mogelijkheid het openbaar bestuur te controleren en dat de pers de publieke taak om aan deze controle bij te dragen alleen kan uitvoeren als de overheid voldoende transparant is. Over de kern van waartoe dan toegang moet kunnen worden verkregen, evenals misschien over de constitutiewaardigheid van dit belang, is verdere discussie nodig.

In het verlengde van mijn betoog over de vrije meningsuiting wil ik ten behoeve van die discussie in elk geval meegeven dat het hier óók moet gaan over de rol die Internet speelt in de huidige samenleving. WikiLeaks is nu nog in het (eerste) hypestadium, maar het idee achter WikiLeaks is fundamenteel en blijvend. Daar waar overheden te veel neigen tot geheimhouding, zal vroeg of laat, via een server in Buðardálur of Breda,<sup>27</sup> gelekt worden naar de openbaarheid. De vraag is of de overheid een Internetoorlog wil aangaan door veldslagen te voeren met WikiLeaks en zijn toekomstige opvolgers, of dat de overheid de transparantie-extremisten een stap voor is – de aanval is de beste verdediging – door proactief en serieus werk te maken van openbaarmaking van overheidsdocumenten. Uit zichzelf is de overheid daar niet bijzonder toe geneigd, zo leert de ervaring. Met een grondrecht op toegang tot overheidsdocumenten kan veel beter dan momenteel het geval is een balans worden bereikt tussen transparantie waar mogelijk en afscherming waar nodig. Daarmee verdwijnt WikiLeaks niet geheel uit beeld – er zullen altijd transparantie-extremisten blijven – maar er is dan wel een dusdanig betere controle op de overheid door de pers mogelijk, dat er minder noodzaak is voor bezorgde ambtenaren om via lekken aan WikiLeaks de klok te luiden.

## 7. Wat er niet in het rapport staat

De commissie had, wat digitale grondrechten betreft, een beperkte opdracht en heeft ervoor gekozen (in dit opzicht) niet buiten die opdracht te werken. Dat valt de commissie niet te verwijten. Toch staat er daardoor het nodige *niet* in het rapport, waar tenminste wel over gedebatteerd zou moeten worden in het kader van de discussie over grondrechten en tech-

<sup>27</sup> In navolging van IJsland krijgt ook Breda een eigen WikiLeaks, zie *Binnenlands Bestuur* 9 december 2010, <<http://www.binnenlandsbestuur.nl/breda-krijgt-eigen-wiki-leaks.487374.lynx>>.

nologie. Ik stip hier een aantal onderwerpen aan die hopelijk in het vervoltraject opgepakt kunnen worden in de discussie.

Drie grondrechten buiten de taakopdracht zijn qua formulering of inhoud mogelijk niet toegesneden op het digitale tijdperk. Het petitierecht (art. 5 Gw.) spreekt van 'schriftelijke verzoeken', wat geen urgent probleem is nu de minister elegant maar enigszins creatief 'schriftelijk' heeft geïnterpreteerd als ook 'elektronisch' omvattend.<sup>28</sup> De techniekafhankelijke (fysieke) formulering van het huisrecht in art. 12 Gw. ('binnentreden') verdient aanpassing tot een algemene formulering (bijvoorbeeld 'de woning is onschendbaar'). Ook is het recht op lichamelijke integriteit wellicht toe aan herinterpretatie nu van buitenaf heimelijk op of in het lichaam kan worden gekeken (denk aan bodyscanners, of aan de infraroodcamera's die bij de SARS-epidemie op vliegvelden werd ingezet). Dit laatste roept ook de vraag op of, vergelijkbaar met art. 12 Gw. een notificatieplicht nodig is voor burgers op wier grondrechten inbreuk is gemaakt als zij daarvan niet uit de aard der zaak op de hoogte zijn. Verhey merkt al op dat de commissie geen aandacht besteedt aan notificatie bij art. 13 Gw. terwijl dat juist bij alle voorgaande voorstellen een gemeenschappelijke aanbeveling was. Ook voor andere vormen van heimelijke observatie valt er veel te zeggen voor een notificatieplicht. Wellicht kan in de algemene beperkingsclausule een lid worden opgenomen dat bepaalt dat burgers in kennis worden gesteld wanneer hun grondrechten heimelijk zijn beperkt; daarbij kan desgewenst een uitzondering worden opgenomen, zoals in art. 12 lid 3 Gw. dat de notificatie volgens bij wet te stellen regels kan worden uitgesteld in het belang van de strafvordering of de nationale veiligheid. In de tweede plaats kan bekeken worden of er *nieuwe* grondrechten nodig zijn in het digitale tijdperk. In de literatuur wordt vooral nagedacht over een recht op vergeten.<sup>29</sup> Nu het collectieve digitale geheugen onverbidde-lijk is – wat eenmaal op Internet staat krijg je niet of nauwelijks meer weg – kunnen mensen meer en meer geconfronteerd met hun uitspraken of gedrag in het verleden, ook waar het opmerkingen betreft die vroeger terloops over de heg of in de kroeg vervlogen maar die nu, geblogd en getwitterd, opgeslagen worden voor wie weet hoe lang. Wellicht moet een grondrecht worden geformuleerd dat mensen beschermt tegen onredelijke confrontatie met jeugdzonden en oude koeien (en kalfjes) uit de digitale sloot. Dat is zowel relevant in de relatie overheid-burger, bijvoorbeeld bij vergunningverlening en in het (bestuurs)strafrecht, als in horizontale verhoudingen, bijvoorbeeld in het arbeidsrecht en het privaatrechtelijke privacyrecht. Nadere discussie is welkom of een eventueel recht op vergeten meer past bij een grondwettelijke regelopdracht tot gegevensbescherming of dat een zelfstandig afweerrecht zou moeten worden geformuleerd.

28 Kamerstukken II 2004/05, 27 460, nr. 3, p. 1-2.

29 V. Mayer-Schönberger, *Delete: the virtue of forgetting in the digital age*, Princeton: Princeton University Press 2009.

Voorts kan men aan de regering meegeven dat zij zich, bij het streven de Grondwet actueel te houden in het licht van technische ontwikkelingen, niet moet blindstaren op het digitale tijdperk. Zoals Buruma terecht opmerkte: waar de twintigste eeuw de eeuw was van de ICT (met 1984 als paradigma voor discussie), zo wordt de eenentwintigste eeuw de eeuw van de biotechnologie (met *Brave New World* als paradigma voor discussie).<sup>30</sup> Deze ontwikkeling vraagt evenzeer als het digitale tijdperk om fundamentele bezinning op de grondrechtencatalogus, die niet kan wachten tot de regering in 2047, als de bio-revolutie is uitgekristalliseerd, een Staatscommissie Grondrechten in het bio-tijdperk instelt. Humane biotechnologie is, in de woorden van NJV-preadviseur Bovenberg, ‘*au fond*’ een manifestatie van het eeuwige streven van de mens om grip te krijgen op het begin, het verloop, de kwaliteit en het einde van zijn leven.<sup>31</sup> Als er ergens grondrechten relevant zijn, dan is het wel hier. Het zou treurig zijn als onze Grondwet niet is toegerust om mede richting te geven aan de manier waarop in de komende eeuw dit streven naar greep op het leven vorm krijgt. De enkele verwijzing naar ‘menselijke waardigheid’ in de door de commissie voorgestelde algemene bepaling (p. 40-42) zal in elk geval niet in staat zijn om enige richting te geven aan wetgeving en praktijk rond biotechnologie; het concept ‘menselijke waardigheid’ is daarvoor te vaag en te multi-interpretabel.<sup>32</sup> Wat dan wel nodig is, moet binnen afzienbare termijn worden bediscussieerd. Aanzetten daarvoor bestaan al.<sup>33</sup> Het is aan de regering om nu een proactief beleidstraject over grondrechten in het bio-tijdperk uit te zetten.

## 8. Conclusie

Ik heb de GDT-voorstellen van de Staatscommissie besproken om te bekijken of ze adequaat zijn voor het digitale tijdperk. Ik stelde in de inleiding dat er twee redenen kunnen zijn voor de regering om, na de veelheid van eerdere voorstellen, opnieuw een commissie over GDT te laten adviseren: een gezaghebbend eenduidig advies en actualisering in het licht van nieuwe ontwikkelingen.

Helaas is de Staatscommissie in beide opzichten niet goed in haar opdracht geslaagd. Van stroomlijning van eerdere voorstellen tot een gezaghebbend advies is weinig terechtgekomen, door de verdeeldheid van de commissie die zichtbaar is in de minderheidsstandpunten – ook op kernonderdelen van de materie – en eveneens in de summier toelichting die, zoals Verhey terecht stelt, lijkt te wijzen op onderlinge meningsverschillen over hoe het advies geïnterpreteerd moet of kan worden.

Wat actualisering betreft wordt een goede poging gedaan voor art. 7 (vrije meningsuiting), art. 10 (privacy en gegevensbescherming) en art. 13

30 Y. Buruma, ‘Brave New World 2009’, *Nederlands Juristenblad* 2009, p. 1.

31 J.A. Bovenberg, ‘Het Antoni van Leeuwenhoek-recht: pleidooi voor een nieuw grondrecht’, in *Handelingen Nederlandse Juristen-Vereniging* 2009-I, p. 61-96, op p. 95.

32 Vgl. D. Beyleveld en R. Brownsword, *Human dignity in bioethics and biolaw*, Oxford, New York: Oxford University Press 2001.

33 Bovenberg 2009; B.J. Koops, ‘Over “mensen” en “mensen”-rechten. De maakbare mens bezien vanuit het perspectief van grondrechten’, in: B.J. Koops e.a. (red.), *De maakbare mens*, Amsterdam: Bert Bakker 2009, p. 279-310.

(post- en telecommunicatiegeheim), maar de poging strandt wat mij betreft halverwege door het gebrek aan doordenken van wat het digitale tijdperk behelst. Positief is dat een zelfstandig grondrecht op gegevensbescherming wordt voorgesteld, maar het lijkt in de kern niet goed doordacht: wat betekent de vormgeving als subjectief (afweer)recht voor het verwerken van persoonsgegevens in een informatiesamenleving en -economie? Wat beoogt het precies te beschermen, welke dataprotectiebeginselen vallen er wel of niet onder, en hoe werkt dit door in horizontale verhoudingen?

Vooral wat de communicatiegrondrechten betreft, toont het rapport een beperkte visie op de betekenis van het digitale tijdperk. Het lijkt erop alsof de commissie vooral een wetstechnische exercitie heeft doorlopen om de in art. 7 en 13 genoemde 'oude media' uit te breiden met 'nieuwe media' en dat vervolgens 'medianeutraal' te formuleren. Daardoor wordt de reikwijdte van beide artikelen heel breed, maar daarmee vervaagt ook de kern van wat deze grondrechten precies beogen te beschermen. Zoals Asscher opmerkt, biedt een techniekneutrale formulering alleen rechtszekerheid als 'voor de wetgever en de rechter buiten kijf staat wat de inhoud is van het recht',<sup>34</sup> en daarvoor bieden de commissievoorstellen te weinig houvast.

Bij art. 13 stelt de commissie communicatie *als zodanig* centraal, waarmee de primaire koppeling vervalt met transport via de communicatie-infrastructuur. De commissie lijkt geen oog te hebben voor de functie die deze infrastructuur in het digitale tijdperk heeft: het gaat niet alleen meer om communicatie, maar ook om opslag van eigen gegevens bij *cloud-computing*. Daarbij komt dat commissie inconsistent is om vertrouwelijke communicatie als zodanig als beschermingskern aan te wijzen en tegelijk de bescherming te beperken voor de duur van transport; ook communicatie buiten transport zou in deze benadering bescherming tegen een meelezende overheid moeten bieden. Zowel vanuit historisch als vanuit inhoudelijk oogpunt valt er veel voor te zeggen het communicatiegeheim in het digitale tijdperk als kanaalbescherming te blijven vormgeven.

Waar het huidige art. 7 openbaring van gedachten en meningen tegen censuur beschermt gekoppeld aan de drukpers, stelt de commissie een algemeen openbaringsrecht voor, ongeacht medium. Nu in het web 2.0-tijdperk publiek beschikbare uitingen niet alleen een openbaringsfunctie kunnen hebben maar ook een (niet-publieke) communicatiefunctie, vraagt de medianeutrale formulering om een nadere toelichting van de begrippen 'gedachten', 'meningen' en 'openbaren'. Wanneer daarbij een ruim toepassingsbereik wordt gekozen, is vervolgens meer toelichting nodig dan de commissie biedt – met het oog op de kernrechtgedachte – wat tot de kern van het censuurverbod behoort. De wetgever zou in de

34 Asscher 2003, p. 242.

toelichting bij een medianeutraal art. 7 lid 1 Gw. wellicht kunnen aanknopen bij het publieke belang van het *openbaar* maken van een uiting, bijvoorbeeld in het kader van het publieke debat.

Door de nadruk op wetstechnische aanpassingen en onderbelichting van de functie van de grondrechten in het digitale tijdperk, raakt de kern van deze grondrechten uit beeld. Dat is des te spijtiger, nu de commissie in de voorgestelde kernrechtbepaling stelt dat de kern van grondrechten onaanastbaar moet blijven. Waar de commissie er zelf niet in slaagt om een helder beeld te schetsen van waar we de kern van art. 7, 10 en 13 Gw. moeten zoeken, zullen wetgever en rechter niet uit de voeten kunnen met deze kernrechtbepaling.

Het is al met al geen gelukkige zet geweest van de regering om zich te laten adviseren over grondrechten in het digitale tijdperk door deze commissie. De samenstelling van grotendeels staatsrechtgeleerden heeft ertoe geleid dat er geen samenhangende visie is ontwikkeld op de betekenis van grondrechten in het digitale tijdperk. Het enige lid in de commissie dat vermoedelijk met het oog op dit onderwerp in de commissie is benoemd, geeft wel blijk van enig begrip van actuele technische ontwikkelingen, maar het feit dat we dit moeten lezen in bijlagen met minderheidsstandpunten geeft aan dat zij de andere leden niet heeft kunnen overtuigen. Anders dan de commissie lijkt te denken, gaat het in het digitale tijdperk niet simpelweg om een vervanging van oude technologie door nieuwe technologie – vroeger drukte je een stencil, nu stuur je een tweet. Het digitale tijdperk gaat gepaard met fundamentele maatschappelijke veranderingen in communicatie en gedrag. De grondrechten moeten daarom niet zozeer techniekneutraal worden geherformuleerd, maar veel eerder opnieuw worden doordacht in hun betekenis voor de burger in een veranderde maatschappelijke context.<sup>35</sup>

En overigens ben ik van mening dat art. 12 Gw. aangepast moet worden.<sup>36</sup>

35 Zie ook *ibid.*, p. 238-240.

36 Koops e.a. 2004.

De beperkingssystematiek van de Nederlandse grondrechten:

# Kanttekeningen bij het rapport van de Staatscommissie Grondwet

DR. G. VAN DER SCHYFF\*

\* Dr. G. van der Schyff is universitair docent staatsrecht aan de Universiteit van Tilburg.

1 *Rapport Staatscommissie Grondwet* 2010, p. 47.

2 *Rapport Staatscommissie Grondwet* 2010, p. 13.

3 *Rapport Staatscommissie Grondwet* 2010, p. 13, 53;

*Kamerstukken II* 2007/08, 31 570, nr. 3, p. 35.

4 *Rapport Staatscommissie Grondwet* 2010, p. 46.

5 Over de wenselijkheid van rechterlijke constitutionele toetsing, vgl. M. Adams en G. van der Schyff, 'Constitutional Review by the Judiciary in the Netherlands: A Matter of Politics, Democracy or Compensating Strategy?',

*Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*

2006, p. 399; G. van der Schyff, 'Waarom het wetsvoorstel

Halsema tekort schiet: Mythes rondom het verdragsargument',

*Nederlands Juristenblad* 2009, p. 2408; C.A.J.M. Kortmann,

*Constitutioneel recht*, Deventer: Kluwer, 2005, p. 374-381; L.F.M. Besselink, *Constitutional Law of the Netherlands: An Introduction*

*With Texts, Cases and Materials*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2004,

p. 91-94; P.B. Cliteur, *Constitutionele toetsing*, 's-Gravenhage: Teldersstichting, 1991,

p. 27-118; Gerhard van der Schyff, *Judicial Review of Legislation: A Comparative Study of the United Kingdom, the Netherlands and South Africa*,

## 1. Normativiteit van de Grondwet

In haar rapport van november 2010 heeft de Staatscommissie Grondwet aangegeven dat er goede redenen bestaan om het toetsingsverbod van wetten in formele zin in art. 120 Gw. te heroverwegen.<sup>1</sup> Hoewel de pertinente vraag of het toetsingsverbod gewijzigd of afgeschaft dient te worden niet deel uitmaakte van haar opdracht, acht de commissie dit vraagstuk wel belangrijk voor het onderzoek of er een grondwetswijziging nodig is om de betekenis en normativiteit van de Grondwet voor de burger te versterken, welke vraag wel deel uitmaakte van haar opdracht.<sup>2</sup> Deze vraag behoorde wel deels tot de opdracht van de commissie in zoverre zij werd gevraagd de regering te adviseren over de wenselijkheid om de beperkingsclausules in hoofdstuk een van de Grondwet aan te vullen met bijkomende materiële voorwaarden voor beperking.<sup>3</sup> De commissie vindt, onder andere, dat rechterlijke toetsing de Grondwet meer zichtbaar zou maken voor de burger en de handhaving en effectiviteit ervan zou bevorderen.<sup>4</sup> Constitutionele toetsing door de rechter kan, aldus de commissie, een goede zaak worden gevonden, maar daarmee is nog niets gezegd over de toetsbaarheid van de Grondwet. De voordelen van toetsing zijn pas aanwezig als ook zou blijken dat de Grondwet een instrument is waaraan zo nodig kan worden getoetst.

Deze bijdrage heeft tot doel om enkele kanttekeningen te maken op het rapport van de commissie in zake de beperkingssystematiek. Er wordt er in dit verband vanuit gegaan dat constitutionele toetsing door de rechter de normativiteit van de Grondwet versterkt en dus wenselijk is, waarop de vraag volgt of de huidige beperkingssystematiek aan verandering of aanvulling toe is om deze nieuw verworven normativiteit ook in de praktijk te laten doorschijnen.<sup>5</sup>

## 2. Wetgevergecentreerde beperkingssystematiek

Een kort overzicht van de huidige beperkingssystematiek bevestigt dat de Grondwet uitgaat van het primaat van de formele wetgever. De beperkingssystematiek centreert zich rondom de kwestie of een grondrecht door de wetgever zelf mag worden beperkt of door een ander ambt krachtens een daartoe gedelegeerde bevoegdheid conform de relevante competentievoorschriften.<sup>6</sup> Voor enkele grondrechten is daarnaast vereist dat de beperkingen bepaalde doeleinden nastreven of dat zij voldoen aan bepaalde procedurele voorschriften.<sup>7</sup> Opvallend is dat de beperkingsclausules nauwelijks een materiële rem bieden op de mate waarin een recht mag worden beperkt door zich grotendeels alleen maar te bemoeien met het duiden van een ambt dat al of niet op basis van een gedelegeerde bevoegdheid een beperking kan stellen. Op één uitzondering na heeft het betreffende ambt een grote keuzevrijheid om de inhoudelijke reikwijdte van een beperking vast te stellen.<sup>8</sup> De beperkingssystematiek is zonder twijfel gestoeld op een verregaand, zelfs bijna negentiende-eeuws, vertrouwen in de legitimerende werking van de vertegenwoordigende democratie, aangezien de formele wetgever de spil vormt van deze systematiek. Hij krijgt immers een ruime bevoegdheid toebedeeld om zelf beperkingen vast te stellen of waar toegelaten te delegeren.

Zou men echter besluiten om art. 120 Gw. te wijzigen of af te schaffen dan verdient het sterk de aanbeveling om een materiële norm te gebruiken, als men een effectieve rechtsbescherming door de rechter wil bereiken.<sup>9</sup> Anders zou rechterlijke toetsing weinig meer toevoegen dan het controleren van competentievoorschriften, doelcriteria en enkele procedurele voorschriften. Als de rechter niet wordt vertrouwd bij het maken van inhoudelijke keuzes in het kader van beperkingen kan er geen sprake zijn van een gezond evenwicht van machten en zou rechterlijke toetsing bijgevolg niet veel voorstellen.

## 3. Het voorstel van de Staatscommissie

In haar rapport was de Staatscommissie van mening dat de huidige beperkingssystematiek in hoofdlijnen kan worden gehandhaafd.<sup>10</sup> Zij vindt het voornamelijk uit democratisch oogpunt gewenst dat het de formele wetgever is die in eerste instantie de grondrechten en de daarmee botsende politieke en constitutionele belangen tegen elkaar afweegt. Maar volgens de commissie is de beperkingssystematiek wel aan uitbreiding toe. Men denke aan preciezere inhoudelijke eisen die gesteld dienen te worden aan beperkingen ten einde de vrijheid van de wetgever te begrenzen om belangen tegen elkaar af te wegen. Kortom, de commissie heeft veel vertrouwen in de wetgever, maar niet genoeg om af te zien van de

# arti- kelen

Dordrecht: Springer 2010, p. 22-33 en 47-76.

6 Vgl. art. 11 Gw.

7 Vgl. art. 9 lid 1 Gw. en art. 12 Gw.

8 Vgl. art. 15 lid 3 Gw. De zinsnede 'voor zover' impliceert een proportionaliteitsanalyse.

9 Theodor Maunz en Reinhard Zippelius, *Deutsches Staatsrecht*, München: Beck, 1991, p. 158 stellen hierover: 'In diesen Fällen bringt der Grundrechtsschutz keine zusätzliche Sicherung, er ist dann eigentlich entberlich "leerlaufend", alles hängt letztlich vom einfachen Gesetzgeber ab.'

10 *Rapport Staatscommissie Grondwet* 2010, p. 54.



noodzaak om materiële grenzen aan de bevoegdheid van de wetgever te stellen met betrekking tot de beperking van grondrechten.

Hoewel dergelijke normen vanuit het internationaal recht, zoals het in het EVRM opgenomen begrip ‘noodzakelijk in een democratische samenleving’, doorwerken in de Nederlandse rechtsorde en zij op grond van art. 93 en 94 Gw. voorrang genieten boven nationale wetgeving, is de commissie toch overtuigd van het nut van opneming van zulke normen in de Grondwet. Dit valt te begrijpen aangezien de reikwijdte van rechten in de Grondwet niet altijd overeenkomt met de reikwijdte van vergelijkbare rechten in verdragen. Tevens, indien men er niet voor kiest om materiële voorwaarden uitdrukkelijk in de Grondwet op te nemen, dan zou de rechter zulke voorwaarden uit de Grondwet moeten afleiden, hoe anders kan de rechter toetsen of een beperking inhoudelijk te handhaven valt? Door zulke voorwaarden echter te expliciteren blijft deze wellicht omstreden oefening de rechter gespaard.<sup>11</sup> De commissie wijst er terecht op dat het invoeren van materiële voorwaarden een houvast zal bieden aan wetgever en rechter bij het beoordelen van de aanvaardbaarheid van beperkingen terwijl het de burger laat zien onder welke voorwaarden zijn grondrechten mogen worden beperkt.<sup>12</sup> Deze keuze voor de rechtszekerheid moet worden verwelkomd boven ermee tegenstrijdige standpunten die inhouden dat dergelijke voorwaarden geen explicitering behoeven.<sup>13</sup> Maar wat stelt de commissie precies voor?

De commissie pleit in haar rapport voor een algemene, aanvullende beperkingsclausule. ‘Aanvullend’ in de zin dat een dergelijke bepaling naast de huidige beperkingsvoorwaarden komt te staan en ‘algemeen’ in de zin dat zij als uitgangspunt geldt voor alle gevallen waarin de grondwettelijke grondrechten worden beperkt. Het huidige scala aan beperkingsvoorwaarden komt dus niet te vervallen, maar wordt uitgebreid met materiële voorwaarden. De commissie adviseert de volgende bepaling in de Grondwet op te nemen:

#### Artikel x

1. Beperkingen van grondrechten gaan niet verder dan het doel van de beperking vereist.
2. De kern van grondrechten wordt niet aangetast.

De voorgestelde bepaling bevat enerzijds het vereiste van proportionaliteit (lid 1) en anderzijds de waarborg dat de kern van grondrechten niet mag worden beperkt (lid 2). De commissie hanteert een klassieke definitie van proportionaliteit in haar rapport door te stellen dat lid 1 erop toeziet dat de beperking geschikt en noodzakelijk is ter bereiking van het gekozen doel en dat er een evenredige verhouding bestaat tussen het doel van de beperking en de aantasting van het grondrecht. In lid 2 doelt de commissie op

<sup>11</sup> Van der Schyff 2010, p. 161.

<sup>12</sup> Van der Schyff 2010, p. 54.

<sup>13</sup> Vgl. *Kamerstukken II* 2000/01, 27 460, nr. 1, p. 6, waar het kabinet het volgende standpunt innam n.a.v. het rapport van de Commissie Grondrechten in het Digitale Tijdperk: ‘Uit de karakter van het grondrecht vloeit immers reeds per definitie voort, dat beperkingen hierop noodzakelijk moeten zijn in een democratische samenleving. Ook nu reeds zal de wetgever moeten motiveren waarom een beperking op een grondrecht nodig is in onze samenleving. Opneming van dit vereiste in de Grondwet voegt dan in feite weinig toe.’

de onaantastbaarheid van de wezenlijke kern van grondrechten.

Hieronder verstaat de commissie een uiterste grens die nooit mag worden overschreden ongeacht het belang van het doel van de beperking.

Hoe weegt dit voorstel van de commissie op tegen de gangbare praktijk en theorie over de beperking van grondrechten? Deze evaluatie wordt hieronder gemaakt.

## 4. Een korte evaluatie van het voorstel

### 4.1 Algemene aanvullende beperkingsclausule

Het voorstel van de Staatscommissie om een algemeen aanvullende beperkingsclausule in de Grondwet op te nemen verdient steun. Rechten zijn geen klip en klare regels die alleen maar mechanisch hoeven te worden toegepast, maar zijn beter te begrijpen als beginselen die tegenover elkaar en tegenover andere belangrijke maatschappelijke waarden moeten worden afgewogen om fatsoenlijk te kunnen worden toegepast.<sup>14</sup> Het idee van een algemene beperkingsclausule zou niet alleen deze onderlinge 'lotsverbondenheid' tussen de grondrechten kunnen symboliseren, maar zou ook het normatieve kader kunnen bieden waartegen de nodige belangenafweging kan plaatsvinden.

Het voorstel van de commissie lijkt echter alleen betrekking te hebben op grondrechtsbepalingen met een eigen beperkingsclausule, zoals ieders recht op onaantastbaarheid van zijn lichaam in art. 11 Gw. dat bij of krachtens de wet mag worden beperkt. De strekking van het voorstel is dus niet om alle rechten beperkbaar te maken, zoals het recht op petitie in art. 5 dat geen beperkingsclausule kent. Hoewel de meeste grondrechten thans onderworpen kunnen zijn aan beperkingen is tot op zekere hoogte toch jammer dat niet alle rechten onder de algemene beperkingsclausule zullen komen te vallen. Hoe men het ook draait of keert, het blijft onontkoombaar dat de actuele bescherming van een bepaald recht het product is van een onderling samenspel van belangen dat beter geëxpliciteerd kan worden.<sup>15</sup> Het feit dat rechten elkaar wederkerig beperken is des te meer evident in horizontale verhoudingen, voor zover derdenwerking is toegelaten, en zou ook daarom reden kunnen zijn om te erkennen dat alle rechten in beginsel beperkt kunnen worden.<sup>16</sup> Dit neemt echter niet weg dat er mogelijk rechten zijn die zo belangrijk worden geacht in een bepaald stelsel dat men in alle redelijkheid niet een geval kan bedenken dat tot de beperking van zulke rechten zou kunnen leiden.<sup>17</sup> Dus zelfs nadat men rekening heeft gehouden met enige contextuele factoren blijkt dan dat dergelijke factoren toch niet belangrijk genoeg zijn om bij zulke rechten de geboden bescherming te beperken.

14 Zoals Robert Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, Oxford: Oxford University Press, 2002, uitvoerig betoogt.

15 Dat de door een recht geboden bescherming niet voor zich spreekt, maar een contextuele afweging behoeft, zelfs bij rechten die vaak als 'absoluut' worden getypeerd, blijkt uit een aantal arresten, bijv.: EHRM 28 juli 1999, *Reports and Judgments and Decisions*, 1999-V (Selmouni/Frankrijk), § 101: '[H]aving regard to the fact that the Convention is a "living instrument which must be interpreted in the light of present-day conditions" [...], the Court considers that certain acts which were classified as "inhuman and degrading treatment" as opposed to "torture" could be classified differently in future.' Tevens EHRM 18 januari 1978, *Series A*, nr. 25 (Ierland/Verenigd Koninkrijk), § 162: 'As was emphasised by the Commission, ill-treatment must attain a minimum level of severity if it is to fall within the scope of Article 3 (art. 3). The assessment of this minimum is, in the nature of things, relative; it depends on all the circumstances of the case, such as the duration of the treatment, its physical or mental effects and, in some cases, the sex, age and state of health of the victim, etc.' Vgl. Michael K. Addo en Nicholas Grief, 'Does Article 3 of the European Convention on Human Rights Enshrine Absolute Rights?', *European Journal of International Law* 1998, p. 510.

16 Dit was voornamelijk de reden om alle rechten in het handvest van rechten in de Zuid-Afrikaanse Grondwet onderworpen te maken aan een algemene beperkingsclausule. Zie Lourens du Plessis en Hugh Corder, *Understanding South Africa's Transitional Bill of Rights*, Kenwyn: Juta, 1994, p. 126.

17 Alexy 2002, p. 195-196.

Het punt is gewoon dat men potentiële conflicten tussen rechten altijd moet oplossen middels een beperkingsclausule en niet onder het mom dat het vaststellen van de reikwijdte van een betreffend recht vanzelfsprekend is en dus niet afhankelijk van een belangafweging zou zijn.

#### 4.2 Proportionaliteit en haar maatstaf

In de twintigste eeuw liep het vertrouwen in de wetgever wereldwijd een fikse deuk op door de verschrikkingen van twee wereldoorlogen en groeide er twijfel over de geschiktheid van het democratisch proces om zonder rechterlijke toetsing van wetgeving fundamentele rechten effectief te beschermen. In de constitutionele praktijk en theorievorming ging ook het materiële rechtsstaatsbegrip een rol spelen.<sup>18</sup> Dit begrip vereist een inhoudelijke rechtvaardiging van beperking van rechten; enkel formele aanvaardbaarheid van een beperking als product van het democratisch proces volstaat niet langer. Het is dus te verwelkomen dat lid 1 van het voorstel van de Staatscommissie een proportionaliteitsanalyse introduceert. Waar de beperkingssystematiek thans niet de vraag stelt naar de mate waarin een recht mag worden beperkt, stelt het voorstel deze juist in het vooruitzicht.

Reeds een eerste oogopslag leert evenwel dat er een belangrijk verschil is tussen het voorstel en vergelijkbare bepalingen in verdragen en andere grondwetten. Hoewel vergelijkbare beperkingsclausules over het algemeen ook de maatstaf van een proportionaliteitsanalyse aangeven, door bijvoorbeeld te bepalen dat een beperking nodig moet zijn in een *democratische samenleving*, zwijgt de voorgestelde clausule op dit punt.<sup>19</sup> Men moet zich realiseren dat proportionaliteitstoetsing alleen maar een techniek is en dat ze een maatstaf behoeft. Met andere woorden, wat proportioneel zou zijn tegen de achtergrond van de ene maatstaf kan bijvoorbeeld disproportioneel zijn, gemeten aan een andere maatstaf.

Gelukkig biedt de voorgestelde algemene waardenbepaling hier een uitkomst. De commissie adviseert een algemene bepaling aan de Grondwet toe te voegen waarin verwijzingen naar de democratische rechtsstaat en aspecten daarvan zijn opgenomen.<sup>20</sup> De reden voor opneming is om aspecten van de democratische rechtsstaat te concretiseren. Deze bepaling is wel meer dan een preambule aangezien zij rechtswerking zal genieten door de overheid te binden. Het voorstel ziet er als volgt uit:

1. Nederland is een democratische rechtsstaat.
2. De overheid eerbiedigt en waarborgt de menselijke waardigheid, de grondrechten en de fundamentele rechtsbeginselen.
3. Openbaar gezag wordt alleen uitgeoefend krachtens de Grondwet of de wet.

<sup>18</sup> Zie Gerhard van der Schyff, *Limitation of Rights: A Study of the European Convention and the South African Bill of Rights*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers, 2005, pp. 141-145.

<sup>19</sup> Vgl. art. 1 van het Canadees *Charter of Rights and Freedoms* (1982): 'The Canadian Charter of Rights and Freedoms guarantees the rights and freedoms set out in it subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society.'

<sup>20</sup> Rapport Staatscommissie Grondwet 2010, p. 39.

Zulk een bepaling zou alsnog kunnen dienen als substantieel handvat voor de rechter bij het maken van een proportionaliteitsanalyse zoals vereist in de algemene beperkingsclausule. Het is dus van belang dat de waardenbepaling en de algemene beperkingsclausule als een geheel worden gezien opdat de techniek van proportionaliteitstoetsing tegen een ideaaltypisch rechtsstatelijke achtergrond kan geschieden.

### 4.3 Kern van grondrechten

Opmerkelijk is het voorstel van de Staatscommissie om een bepaling in de Grondwet op te nemen die de kern van een recht tegen enige aantasting moet vrijwaren. Dit onderdeel van de algemene beperkingsclausule stelt teleur. De commissie lijkt te beweren, door te eisen dat de wezenlijke kern nooit mag worden aangetast, dat de kern van een grondrecht een op zichzelf staand goed is waarvan de inhoud vanzelfsprekend is. Anders gezegd, de kern zou absolute bescherming bieden. Zij merkt bijvoorbeeld op dat de kern kan dienen als toetssteen voor de rechter in een concreet geval.<sup>21</sup> Hoe mooi dit ook mag klinken, de kern van een recht kan nooit als een op zichzelf staand goed worden gezien.

De bescherming geboden door een recht is geen *a priori* gegeven, maar het resultaat van een zorgvuldige proportionaliteitsanalyse. Men zou kunnen zeggen dat wat we onder de kern verstaan het resultaat is van een beperkingsanalyse en op zichzelf geen bijkomende bescherming biedt tegen beperkingen. Alexy vat dit standpunt goed samen:

[T]he absoluteness of [...] protection remains a matter of the relation between different principles. [...] [This is because] the certainty of protection is so high [in some matters] that under ordinary circumstances we can talk about absolute protection. But the relativized basis of this protection must not be lost from sight. [...] The impression that the core can be identified directly without balancing interests, or known intuitively, derives from the certainty with which we are able to relate principles in [some cases]. [...] The result is that the guarantee of essential core [...] does not contain any further control on the limitability of constitutional rights beyond that already contained in the principle of proportionality.<sup>22</sup>

Het kan ook zijn dat de commissie voor ogen had dat de kern van een recht meegewogen moet worden in een proportionaliteitsanalyse, hoewel deze veronderstelling niet lijkt te rijmen met de bewoordingen van het voorgestelde lid 2 dat ziet op de onaantastbaarheid van de wezenlijke kern. Als men dat voor ogen had, had men beter niet kunnen spreken van een kern, maar had men erop moeten wijzen dat het belang van een recht, of onderdeel ervan, zwaar moet meewegen voor de rechter in het al dan niet rechtvaardigen van een beperking. Men denke aan de zogeheten wegingsfactoren die de rechter worden opgelegd in de algemene beperkingsclausule van art. 36 lid 1 van de Zuid-Afrikaanse Grondwet:

<sup>21</sup> Rapport Staatscommissie Grondwet 2010, p. 56.

<sup>22</sup> Alexy 2002, p. 195-196.

The rights in the Bill of Rights may be limited only in terms of law of general application to the extent that the limitation is reasonable and justifiable in an open and democratic society based on human dignity, equality and freedom, taking into account all relevant factors, including-

- (a) the nature of the right;
- (b) the importance of the purpose of the limitation;
- (c) the nature and extent of the limitation;
- (d) the relation between the limitation and its purpose; and
- (e) less restrictive means to achieve the purpose.

Misschien kunnen soortgelijke factoren meer houvast bieden aan de Nederlandse rechter (en wetgever) dan een moeilijk toepasbare kernrecht-bepaling. Het is tevens eigenaardig, maar ook jammer dat de commissie zich niet heeft laten ontmoedigen door de interpretatieproblemen bij het begrip van de kern van grondrechten in de Duitse Grondwet, maar dat zich integendeel en vreemd genoeg voor haar standpunt op de Duitse situatie beroept.<sup>23</sup>

#### 4.4 Algemene en bijzondere beperkingen

Helaas biedt het voorstel van de Staatscommissie geen antwoord op het oude probleem in het Nederlands staatsrecht van het onderscheid tussen algemene en bijzondere beperkingen.<sup>24</sup> 'Bijzondere' beperkingen zijn beperkingen die een bewuste uitwerking zijn van een specifieke beperkingsclausule.<sup>25</sup> 'Algemene' beperkingen daarentegen komen niet neer op een doelbewuste beperking van een recht maar treden op als een neveneffect van rechtsregels die een ander doel dan het beperken van een specifiek recht voor ogen hadden. Brandveiligheidsvoorschriften in kerkgebouwen bijvoorbeeld beogen niet het recht op godsdienstvrijheid in te perken maar kunnen er wel toe leiden dat een kerk in geval van brand wordt ontruimd. De onbedoelde consequentie van deze voorschriften is dan dat ze kerkgangers feitelijk het recht op godsdienstvrijheid ontnemen. Aangezien algemene beperkingen nimmer expliciet bedoeld waren om rechten direct te beperken, worden ze ook niet toegepast conform beperkingsclausules terwijl dit in beginsel wel het geval zou moeten zijn.<sup>26</sup> Hier bestaan ook goede redenen voor, gelet op het scala aan delegatiebepalingen in de Grondwet. Een algemene beperking kan bijvoorbeeld gegeven zijn op basis van gedelegeerde wetgeving terwijl een beperking van het betreffende recht alleen opgenomen mag zijn in een wet in formele zin volgens de beperkingssystematiek.<sup>27</sup> Een strakke toepassing van de beperkingssystematiek in dergelijke gevallen kan ertoe leiden dat nuttige voorschriften om deze formele reden ongedaan worden gemaakt, hetgeen toch niet de bedoeling kan zijn. Zulk een consequentie kan worden vermeden door de rechter door de reikwijdte van de betreffende overheidsmaatregel en het betreffende grondrecht zo uit te leggen dat er geen

23 *Rapport Staatscommissie Grondwet* 2010, p. 55. Zie voor literatuurverwijzingen en een uiteenzetting van de problemen en argumenten rondom het begrip 'kern': Gerhard van der Schyff, 'Cutting to the Core of Conflicting Rights: The Question of Inalienable Cores in Comparative Perspective', in Eva Brems (red.), *Conflicts Between Fundamental Rights*, Antwerpen: Intersentia, 2006, p. 131, 132-135.

24 Over dit probleem, zie uitgebreid M.C. Burkens, *Algemene leerstukken van grondrechten naar Nederlands constitutioneel recht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink, 1989, pp. 113-138.

25 Bijv. art. 125a Ambtenarenwet.

26 D.J. Elzinga, R. de Lange en H.G. Hoogers, *Van der Pot, Handboek van het Nederlandse staatsrecht*, Deventer: Kluwer, 2006, p. 252.

27 Bijv. bij art. 6 lid 1 Gw.

sprake is van een conflict tussen die twee, met als gevolg dat een beperkingsclausule niet hoeft te worden ingezet. In de literatuur wordt hiernaar verwezen als de dubbele toets van 'de redelijke uitleg' en de 'redelijke toepassing'.<sup>28</sup> Maar is het vaststellen van het bereik van een grondrecht tevens het geschikte moment om te oordelen of *concrete* maatregelen binnen of buiten het bereik van een recht vallen? Aharon Barak stelt het als volgt:

I believe that the scope of the right does not change when it is in conflict with other constitutional values – such as society's interests (national security, public order) or other conflicting rights. The clash between conflicting interests or values should not be expressed in the scope of the right, but rather in the manner the right is exercised and realized, and it is in this domain that proportionality plays a central role.<sup>29</sup>

Kortom, concrete maatregelen kunnen beter worden beoordeeld in het kader van een beperkingsclausule, zonder dat er wordt gesleuteld aan het bereik van een grondrecht onder het mom van de interpretatie van de erdoor geboden bescherming. Anders gesteld, het antwoord op de problematiek van de algemene beperkingen ligt niet in het kunstmatig verschransen van het toepassingsgebied van een grondrecht met als reden te ontkomen aan de beperkingssystematiek, maar komt gewoon neer op het toepassen van een op dit probleem bedachte en goed ontworpen beperkingssystematiek.

De huidige situatie leidt nog tot een ander nadeel. De wetgever wordt alleen gebonden aan de grondwettelijke beperkingssystematiek indien hij kiest voor een bijzondere beperking. Dit is vreemd. De beperkingssystematiek kan toch niet een instrument van de wetgever zijn dat hij naar keus mag gebruiken? Veel beter zou het zijn als de beperkingssystematiek een sluitstuk zou bieden voor alle, hetzij bewuste of onbewuste, beperkingen van grondrechten.

Dit ideaal ligt meer binnen handbereik dan men zou denken. Door te bepalen in de algemene beperkingsclausule dat een beperking 'bij wettelijk voorschrift voorzien' dient te zijn wordt het probleem verholpen. Het effect hiervan is dat alle beperkingen van rechten een wettelijke basis dienen te hebben om ze zo aan de beperkingssystematiek te onderwerpen. Met andere woorden, het vertrekpunt is een materieel wetsbegrip vergelijkbaar met het vereiste in het tweede lid van de art. 8 tot 11 van het EVRM.<sup>30</sup> Elke beperking van een recht zou dan moeten voldoen aan de eis dat ze is gebaseerd op in ieder geval een wet in materiële zin.<sup>31</sup> De brandveiligheidsvoorschriften in het voorbeeld van zo-even zouden dus een juridische basis moeten hebben die kenbaar en voorzienbaar was. De huidige delegatiebepalingen zouden ook van kracht blijven, zodat een inmeniging niet alleen aan de algemene eis maar ook aan de strengere eisen zou

28 L.F.M. Verhey, 'Het grondwettelijk beperkingssysteem: Handhaving of herbezinning?', *NJCM-Bulletin* 2003 p. 216, p. 223-225.

29 Aharon Barak, 'Proportionality and Principled Balancing', *Law and Ethics of Human Rights* 2010, art. 1, p. 5. Zie tevens J. Gerards en H. Senden, 'The Structure of Fundamental Rights and the European Court of Human Rights', *International Constitutional Law Review* 2009, p. 619.

30 Zie EHRM 2 augustus 1984, *Series A*, nr. 82 (Malone/Verenigd Koninkrijk), § 66, waarin het Hof uitlegt dat: 'the word "law/loi" is to be interpreted as covering not only written law but also unwritten law (...). A second principle, recognised by Commission, Government and applicant as being applicable in the present case, was that "the interference in question must have some basis in domestic law".'

31 Waar de beperking opgenomen is in een wet in formele zin zou men kunnen inbrengen dat vrijwel alle wetten in formele zin tevens wetten in materiële zin zijn, maar het voordeel is nu dat alle feitelijke beperkingen van grondrechten terug te herleiden zijn tot een beperkingsclausule. Dit verankert de normativiteit van de Grondwet als het gaat om de beperking van grondrechten.

moeten voldoen voorzover de inmenging beoogd was en niet slechts een toevallige 'bijwerking' van een voorschrift. 'Bijzondere' beperkingen zouden dus aan zowel het algemene als het bijzondere legaliteitsvereiste moeten voldoen, 'algemene' beperkingen alleen aan de algemene legaliteitseis. Alle potentiële inbreuken zouden dan onderhevig zijn aan een basale legaliteitstoets en omstandigheden zouden kunnen nopen tot een aanvullende toets. Als op een bepaald moment blijkt dat een beperking voldoet aan deze formele voorwaarde(n) kan de vraag gesteld worden naar de proportionaliteit van de beperking, hetgeen het voorstel van de commissie wel omvat.

## 5. Concluderend

De Staatscommissie Grondwet verdient lof voor haar voorstel om een algemeen aanvullende beperkingsclausule in de Grondwet op te nemen, hoewel de precieze uitwerking ervan wellicht op enkele punten vatbaar is voor verbetering, zoals hierboven is betoogd. Verdere interessante vragen in verband met constitutionele toetsing hebben uiteraard betrekking op de institutionele inrichting ervan (men denke aan het al dan niet instellen van een constitutioneel hof) en de verschillende te bedenken modaliteiten waar het gaat over de rechtsgevolgen van een dergelijke toetsing (men denke aan constructies in de zin van de Britse *Human Rights Act* en art. 33 van het Canadees *Charter of Rights and Freedoms*), maar zover mocht de opdracht van deze commissie helaas niet strekken.

# Wet maatregelen bestrijding voetbalvandalisme en ernstige overlast

J.G. BROUWER\*

A.E. SCHILDER\*\*

## 1 Inleiding

Op 1 september 2010 is de zogenaamde Voetbalwet in werking getreden, althans zo wordt de regeling wel genoemd. In werkelijkheid gaat het om een veel bredere wet met de officiële naam zoals boven dit stuk vermeld. De wet regelt twee – kennelijk te onderscheiden – onderwerpen: voetbalvandalisme én ernstige overlast. Om deze niet voor iedereen logische combinatie te verklaren, bespreken we eerst de wijze van totstandkoming van de wet. Daarna gaan we wat uitgebreider in op de inhoud van de regeling. Kernvragen die daarbij aan bod komen, zijn: biedt de wet veel nieuws, is dit de wet waarop we decennia lang hebben gewacht, zal ze gaan werken in de praktijk en is de term Voetbalwet op z'n plaats?<sup>1</sup>

## 2 Aanloop

De oorsprong van de wet is gelegen in twee moties van de Tweede Kamer.<sup>2</sup> In de motie Van Schijndel wordt de regering tijdens een debat op 15 februari 2006 gevraagd om de burgemeester instrumenten te geven om groepen jongeren die zich schuldig maken aan ernstige en herhaalde overlast op straat te kunnen aanpakken. Hij denkt aan individuele gedragsaanwijzingen als een meldingsplicht, begeleidingsverplichting, contactverbod of avondklok.<sup>3</sup>

Eerder al nodigde het Tweede Kamerlid Weekers in een motie de regering uit om aan de officier van justitie bevoegdheden toe te kennen met behulp waarvan hij slachtoffers en getuigen van misdrijven kan beschermen tegen bedreigingen van verdachten. Hij denkt aan gedragsaanwijzingen in de zin van een straat- of contactverbod.<sup>4</sup> De uitvoering van deze beide moties leidt met enig kunst- en vliegwerk tot een wetsvoorstel waarin de ministeries van BZK en Justitie zich gezamenlijk kunnen vinden en waarin zowel de burgemeester als de officier van justitie worden uitgerust met nieuwe bevoegdheden.

wet-  
geving

\* Prof.mr. J.G. Brouwer is hoogleraar Algemene rechtswetenschap aan de Rijksuniversiteit Groningen en Directeur van het Centrum voor Openbare orde en Veiligheid.

\*\* Prof.mr. A.E. Schilder is hoogleraar Staats- en bestuursrecht aan de Vrije Universiteit Amsterdam.

<sup>1</sup> Zie voor een uitgebreidere bespreking: 'De Voetbalwet, ongekende mogelijkheden', *Sport & Recht* 2009, p. 89-101.

<sup>2</sup> Zie hierover M.A.D.W. de Jong 'De burgemeester als dwaallicht: reddingsboei of dwaallicht?' in:

*Bestuursrechtelijke aanpak van criminaliteit en terrorisme*, VAR Vereniging voor bestuursrecht, nr. 138, Den Haag: Boom



Juridische uitgevers 2007, p. 98 e.v.

3 *Kamerstukken II* 2005/06, 28684, nr. 76.

4 *Kamerstukken II* 2005/06, 30300 VI, nr. 57.

5 Zie de *Volkskrant* van 10 oktober 2006: <http://www.volkskrant.nl/sport/article357289.ece/>

De\_evenementenwet\_draagt\_nu\_een\_maatschappelijk\_jasje.

6 Zie de brief van het kabinet van 22 december 2006, *Kamerstukken II* 2006-2007, 25232, nr. 53. <http://www.minbzk.nl/onderwerpen/veiligheid/politie/voetbalvandalisme/kamerstukken/ActIhtmlIdt=103714>.

7 <http://www.parool.nl/parool/nl/11/SPORT/article/detail/208801/2009/03/11/Tweede-Kamer-steunt-voetbalwet.dhtml>.

8 Zie: <http://www.depers.nl/binnenland/77320/Ter-Horst-blij-met-voetbalwet.html>.

9 Voor de regeringspartij CU is dit zelfs reden haar steun in te trekken; *Handelingen II* 7 april 2009, p. 73-5764.

10 Die strafbaarstelling past overigens niet geheel en al in het systeem van Wetboek van strafrecht. Zo staat nu op de voorbereidingshandeling bij het vernielen van een goed een zwaardere straf dan op het vernielen zelf. Dat vraagt straks om enige acrobatiek van de rechter bij het opleggen van een sanctie. Zie hierover verder B.F. Keulen, 'Over voetbal, voorbereiding en samenspanning', *NJB* 2009, 29.

11 Zie hierover J.G. Brouwer en S.M. Wolfert, 'Openbare orde verstorende twaalfminners', te verschijnen in het aprilnummer *Ars Aequi* 2011.

12 Het betreft een beproefde truc. Bij de totstandkoming van art. 174a Gemw (dat de burgemeester de bevoegdheid geeft om overlastgevende panden te sluiten) moest een uit te brengen wetsinterpretierende circulaire ook uitkomst bieden om onwillige senatoren over de streep te

Van een wet die pretendeert ook het hooliganisme aan te pakken, is dan nog geen enkele sprake. De regering ziet nog steeds niets in specifieke maatregelen tegen voetbal gerelateerd geweld, ondanks dat hierop vanuit voetbalwereld sterk wordt aangedrongen.<sup>5</sup> Volgens haar geeft het geen pas om voor ieder maatschappelijk probleem een aparte wet te maken. De bestaande bevoegdheden zijn toereikend en moeten beter worden benut.<sup>6</sup> In die houding komt pas verandering na de ernstige rellen met Feyenoordsupporters in Nancy eind 2006. Met een 'Engelse' voetbalwet zou dit niet zijn gebeurd, wordt het algemene ressentiment.<sup>7</sup> Op grond van de *Football Disorder Act* kan men hooligans inderdaad beletten af te reizen naar het buitenland: supporters met een stadionverbod – banning order – moeten twee dagen vóór een internationale wedstrijd van hun club hun paspoort inleveren bij de politie. De fracties van het CDA, de VVD en de PvdA weten elkaar plotseling te vinden in een initiatiefwetsvoorstel en de regering gaat overstag.<sup>8</sup> Het wordt echter geen afzonderlijke Voetbalwet. Het voorstel 'Bestrijding ernstige overlast' wordt aangevuld met voetbalelementen: een stadionverbod en een meldingsplicht. Opvallend genoeg gaat de wet nu juist niet voorzien in de mogelijkheid om supporters te beletten af te reizen naar een buitenlandse wedstrijd, terwijl daar nu juist een roep om was.

Tijdens de behandeling in het voorjaar van 2010 wordt het voorstel ingrijpend geamendeerd.<sup>9</sup> De voorgestelde instrumenten zijn hierdoor niet alleen van toepassing op groepsoverlast, maar ook op door individuen veroorzaakte verstoringen van de openbare orde. Verder wordt er een avondklok voor kinderen jonger dan twaalf jaar – zogenaamde twaalfminners – toegevoegd en komt er een strafbaarstelling van voorbereidingshandelingen.<sup>10</sup>

In de Eerste Kamer stuiten de nieuwe elementen op grote bezwaren. Dit geldt met name voor de avondklok: de bevoegdheid van de burgemeester om aan ouders de verplichting op te leggen om hun kinderen 's avonds en 's nachts niet onbegeleid op straat te laten komen. Het brengt de regering in lastig parket: zij dient een maatregel te verdedigen die ze kort daarvoor zelf als onwenselijk bestempelde. Dat levert een uitermate boeiende discussie op over het begrip 'openbare orde'.<sup>11</sup> Na lang en stevig aandringen van de Eerste Kamer, wordt ten langen leste de Raad van State opnieuw gehoord. Uiteindelijk lukt het de regering de senaat over de streep te trekken met de toezegging de wet te monitoren, te evalueren en in een circulaire uit te leggen welke speelruimte art. 8 EVRM biedt voor het opleggen van een avondklok.<sup>12</sup>

### 3 Bestuursrechtelijk én strafrechtelijk spoor

In de wet worden twee sporen gevolgd die terug te voeren zijn op de eerdergenoemde moties. Zij kent aan zowel de officier van justitie (ovj) als de burgemeester nieuwe bevoegdheden toe. Het primaat ligt bij de ovj. Hij heeft de keuze uit vier verschillende gedragsaanwijzingen die hij aan een verdachte kan opleggen: een gebiedsontzegging, contactverbod, meldingsplicht en een hulpzoekplicht. De ovj kan deze instrumenten alleen inzetten tegen iemand die er met een grote mate van waarschijnlijkheid van wordt verdacht een strafbaar feit te hebben begaan,<sup>13</sup> waardoor 'de openbare orde (...) ernstig is verstoord en waarbij grote vrees bestaat voor herhaling (...)'.<sup>14</sup> Pas als de ovj aangeeft geen gedragsaanwijzing op te leggen, ontstaat er ruimte voor de burgemeester.<sup>15</sup>

Die kan op zijn beurt een gebiedsontzegging, meldingsplicht en groepsverbod opleggen indien (a) een persoon herhaaldelijk individueel of groepsgewijs de openbare orde heeft verstoord of bij groepsgewijze verstoring van de openbare orde een leidende rol heeft gehad en (b) er ernstige vrees bestaat voor verdere verstoring van de openbare orde. De periode van een gebiedsontzegging beslaat maximaal drie maanden en kan drie keer met een zelfde periode worden verlengd als iemand zich bijvoorbeeld niet houdt aan een stadionverbod of een gebiedsverbod. Ook kan er in dat geval strafrechtelijk worden vervolgd voor overtreding van art. 184 Wetboek van strafrecht.

Alleen in het geval als de verstoring van de openbare orde wordt veroorzaakt door een tot op het individu herleidbaar strafbaar feit concurreert de bevoegdheid van de burgemeester met die van de ovj om een gebieds- of groepsverbod op te leggen.<sup>16</sup> Bij groepsverstoringen heeft de burgemeester waarschijnlijk om die reden maar weinig 'last' van de ovj. In dat soort van omstandigheden is het immers niet zelden moeilijk om ieders individuele bijdrage aan strafwaardig handelen volgens de strafprocessuele standaard te bewijzen.

Overigens kan de burgemeester de ovj gemakkelijk omzeilen door een gebieds- of groepsverbod op grond van de APV op te leggen. Vervallen die dan niet? Bestaande gemeentelijke verordeningen blijven in takt op grond van de uitzondering op de valijlbepaling van art. 122 Gemw die in art. IIIA Wet bestrijding ernstige overlast wordt gemaakt. Posterieure verordeningen lopen geen gevaar op grond van de openingswoorden in art. 172a Gemw: 'Onverminderd (...) hetgeen bij gemeentelijke verordening is bepaald omtrent de bevoegdheid van de burgemeester om bevelen te geven ter handhaving van de openbare orde'.<sup>17</sup>

Een burgemeester kan met andere woorden volledig autonoom opereren bij het geven van de twee genoemde gedragsaanwijzingen. Hij kan zelfs

trekken (Circulaire van 16 april 1997, kenmerk EA97/U884).

<sup>13</sup> Art. 509hh Sv spreekt van een verdachte tegen wie 'ernstige bezwaren bestaan'.

<sup>14</sup> Het heeft er alle schijn van dat de ovj hier een soort van openbare-orde taak krijgt toebedeeld (er wordt immers niet van rechtsorde maar van openbare orde gesproken), terwijl de verantwoordelijkheid van de ovj toch niet daarin gelegen is dan wel kan zijn. Een ovj houdt zich primair bezig met strafvervolgning.

<sup>15</sup> Art. 172a lid 3 Gemw (nieuw).

<sup>16</sup> Alle door de regering gekozen voorbeelden in de memorie van toelichting van verstoringen van de openbare orde vallen – anders dan zij veronderstelt – samen met strafbare feiten.

<sup>17</sup> Kamerstukken I 2009/10, 31 467, E, p. 7.

een krachtens de APV gegeven stadionomgevingsverbod combineren met een meldingsplicht uit de Voetbalwet. Die verbiedt dit – onbedoeld – niet.

#### 4 Bestuursrechtelijke gebiedsontzeggingen

Elke zichzelf respecterende gemeente beschikt over de mogelijkheid voor de burgemeester om gebiedsontzeggingen op te leggen. En elke zich serieus nemende voetbalstad beschikt in de APV over de mogelijkheid van een stadionomgevingsverbod. Voegt de Voetbalwet dan wat toe? De duur van de sancties is in de APV veelal langer. Hier en daar lezen we in de parlementaire stukken dat de regering veronderstelt dat voor langdurige beperking van de bewegingsvrijheid een wet in formele zin noodzakelijk is.<sup>18</sup> Men kan dit om allerlei redenen wenselijk vinden, maar de Grondwet, noch verdragsbepalingen stellen die eis. Zij verbieden de lokale wetgever geenszins om verordeningen te maken of hebben met daarin de mogelijkheid van een ontzegging van bijvoorbeeld twee jaren. Een aantal gemeenten beschikt ook hierover en past de verordening regelmatig toe. Of een dergelijke maatregel in een individueel geval proportioneel en noodzakelijk is voor de handhaving van de orde, moet de burgemeester bepalen, waarbij de rechter zo nodig corrigerend kan optreden. Het opleggen van een gebiedsverbod of een stadionverbod op grond van de gemeentelijke verordening is aantrekkelijk, omdat hierin niet – zoals in de Wet bestrijding ernstige overlast – de eis van herhaaldelijke verstoring en ernstige vrees voor verdere verstoring wordt gesteld.<sup>19</sup> De wet voegt met andere woorden op dit punt niets toe aan wat al mogelijk was. Zij stelt alleen strengere eisen. Op grond hiervan is het een illusie om te verwachten dat burgemeesters hiervan veel gebruik gaan maken.

#### 5 Groepsverboden

De burgemeester kan – in tegenstelling tot de ovj – geen hulpzoekgebod noch een contactverbod opleggen. Hier staat tegenover dat de burgemeester aan personen een groepsverbod opleggen. Hij kan hen verbieden zich in bepaalde delen van de gemeente zonder redelijk doel met meer dan drie andere personen op een voor het publiek toegankelijke plaats op te houden. We mogen aannemen dat hier bedoeld worden de openbare plaatsen zoals de straat en dergelijke.<sup>20</sup>

Opent deze mogelijkheid een nieuw perspectief? Een samenscholingsverbod als zodanig kennen we al heel lang. De APV van talloze gemeenten bevat al sinds mensenheugenis een bepaling op grond waarvan het verboden is om deel te nemen aan een samenschooling.<sup>21</sup> De laatste tijd zijn burgemeesters deze regeling gaan gebruiken om overlast bezorgende

18 Zie bijv. *Kamerstukken I* 2009/10, 31 467, E, p. 7.

19 <http://decentrale.regelgeving.overheid.nl/cvdr/XHTMLoutput/Actueel/Leeuwarden/6989.html>.

20 De term 'voor een publiek toegankelijke plaats' is uiterst ongelukkig. In de Gemeenwet is de wetgever nu juist de weg ingeslagen van het hanteren van de terminologie van de Wet op de openbare manifestaties (zie bv. art. 151c).

21 Zie H.K. ter Brake, *Het strafrecht van de gemeente*, Arnhem: Gouda Quint 1986, p. 394 e.v. In art. 2.1.1. van de model-APV luidt de bepaling: 'Het is verboden op de weg deel te nemen aan een samenschooling, onnodig op te dringen of door uitdagend gedrag aanleiding te geven tot wanordelijkheden.'

jongeren te verbieden in groepjes van meer dan drie personen op straat bijeen te komen.<sup>22</sup> Het gaat om een omstreden praktijk. De kantonrechter van Utrecht oordeelt dat de enkele bijeenkomst van een aantal jongeren – ondanks dat ze gewaarschuwd zijn – op zich zelf nog geen samenscholing is in de zin van de APV; volgens hem moet er van hen een concrete dreiging uitgaan.<sup>23</sup>

In hoger beroep oordeelt het gerechtshof anders; het hof meent dat aan het begrip samenscholing in een probleemwijk een contextgebonden interpretatie mag worden gegeven.<sup>24</sup> De Hoge Raad vernietigt dit arrest op procedurele gronden.<sup>25</sup> Dit betekent dat de burgemeester veroordeeld is tot het instrument in de Voetbalwet. Dat kan bezwaarlijk zijn gezien de eisen voor toepassing: herhaalde individuele of groepsgewijze verstoring van de openbare orde en ernstige vrees voor verdere verstoring.

Desgewenst kunnen gemeenteraden zelf een mogelijkheid van een groepsverbod in de APV opnemen, in plaats het algemene samenscholingsbod daarvoor op oneigenlijke wijze te gebruiken. Een groepsverbod kan eenvoudig vorm worden gegeven als een variant op de gebiedsontzegging. In plaats van dat aangeschreven bepaalde personen de toegang tot bepaalde plaatsen wordt ontzegd, is het ook mogelijk dat zulks geclausuleerd gebeurt in de zin, dat de burgemeester verbiedt om zich met meer dan drie personen in een (risico)gebied te begeven. Wanneer een dergelijk middel onvoldoende soulaas biedt tegen overlast en hinder, kan de burgemeester alsnog grijpen naar een absoluut verbod voor bepaalde overlastgevers om zich op een bepaalde plek te begeven (zoals een overlastgebied in een wijk of een stadion).

## 6 Bestuursrechtelijke meldingsplicht

De meldingsplicht is een nieuw middel waarvoor al gedurende lange tijd is gepleit, specifiek als middel ter handhaving van een stadionverbod.<sup>26</sup> Velen denken dat de Engelse voetbalwet zo'n fysieke meldingsplicht bevat, maar dat is een misverstand. De Britse politie heeft zich hiertegen zodanig verzet dat alleen het inleveren van het paspoort bij internationale wedstrijden in de wet is komen te staan. Bij ons wordt de meldingsplicht inmiddels mondjesmaat ingezet.<sup>27</sup> Ook onze politie is er niet happig op om als een soort van opvangcentrum te fungeren voor 'overlastige' jongeren en voetbalhooligans. De capaciteit zou hiervoor – zeker na verdergaande bezuinigingen op het apparaat – ontoereikend zijn. Een tweede bezwaar tegen de meldingsplicht in met name de provincie is dat het enige politiebureau wat open is op wedstrijdtijden nu juist gelegen is in de speelstad. Het gevolg hiervan is dat van buiten de stad komende hooligans zich moeten melden in de plaats waar de burgemeester ze nu juist

22 Zie uitgebreider ons 'Over nieuwe geboden en verboden', *RegelMaat* 2008, p. 88-102.

23 Rb Utrecht 13 februari 2008, *IJN*: BC4162.

24 Hof Amsterdam, zitting houdende te Arnhem, 1 oktober 2008, *IJN*: BF3946.

25 HR 22 juni 2010, *IJN*: BK9728.

26 Zie bv. 'Kamer wil meldingsplicht voor notoire voetbalvandalen', *De Volkskrant* 19 april 2004, <http://www.volkskrant.nl/vk/nl/2698/Sport/article/detail/712609/2004/04/19/Kamer-wil-meldingsplicht-voor-notoire-voetbalvandalen.dhtml>.

27 Zie bijv. <http://www.nrc.nl/nieuws/2011/01/17/harde-kern-van-ajax-crimineel/>.

niet wil hebben. Daar komt bij dat de wet niet regelt hoe lang een persoon kan worden 'opgehouden' en met welke regelmaat iemand gedwongen kan worden zich te melden. Kan dit slechts een keer op een dag of kan het ook vaker?

## 7 Avondklok

In art. 172b krijgt de burgemeester de bevoegdheid ouders of verzorgers van kinderen beneden de twaalf jaar te verplichten om hun kinderen niet onbegeleid naar buiten te laten gedurende de avond en nacht. Ook kan de burgemeester ouders verplichten hun kinderen te begeleiden in nader te omschrijven gebieden en bij precies aangeduide objecten. Binnen de Eerste Kamer stuitte het instrument dat te boek staat als de avondklok op bijna onoverkomelijke bezwaren. De prijs om dan maar het hele wetsvoorstel te verwerpen, bleek echter te hoog.

De senatoren wilden met name weten wat nu onder verstoring van de openbare orde diende te worden verstaan. In haar ijver om de reikwijdte van de inzet van de avondklok te bagatelliseren ging de regering zo ver dat de inzet van de 'Wet bestrijding ernstige overlast' tegen ordeverstoringen in voetbalstadion niet meer mogelijk is. Op een vraag van senator Dölle of personen met dit middel kunnen worden geconfronteerd indien zij de orde verstoren in trams, antwoordde de regering negatief: trams behoren niet tot de openbare plaatsen, derhalve kan hier ook niet de openbare orde worden verstoord. Wel de orde, maar de handhaving daarvan is niet aan de burgemeester, maar aan de vervoerder.<sup>28</sup>

Realiseerde de regering zich wat zij hier stelde? Voetbalstadions zijn evenmin openbare plaatsen. De *openbare* orde zou hier derhalve ook niet kunnen worden verstoord. Wel de orde, maar hiervoor zou de burgemeester niet verantwoordelijk zijn. De 'Voetbalwet' is met andere woorden niet van toepassing in voetbalstadions! Indien supporters bijvoorbeeld racistische leuzen in het stadion hebben gescandeerd, dan zou de burgemeester niets kunnen doen, althans niet op basis van de Voetbalwet. Dit moet een vergissing zijn. Mocht dit niet het geval zijn, dan is het maar goed dat de wet ruimte aan gemeentebesturen laat om het nodige zelf te regelen.<sup>29</sup>

## 8 Slot

In veel opzichten is de Wet bestrijding ernstige overlast een bijzondere wet. Ten eerste wat betreft de wijze van totstandkoming. Met duidelijke tegenzin heeft de regering het onderwerp – onder politieke druk – ter hand genomen, vanuit het perspectief dat bijzondere wetgeving niet noodzakelijk is. Als de Tweede Kamer er vervolgens niet van overtuigd is

28 *Kamerstukken I 2009/10*, 31 467, E, p. 5.

29 We deden al een eerste aanzet in: 'Naar een voetbalverordening', *NJB 2010*, p. 1533-1535, met reactie van B. Engberts, 'De wet is een niet te missen kans', *NJB 2010*, p. 1600 en naschrift van ons 'Deze wet is een gemiste kans', *NJB 2010*, p. 1601. Verschillende gemeenten overwegen inmiddels een specifieke voetbalverordening in te voeren.

dat het voorstel van wet voldoende toevoegt aan het reeds bestaande instrumentarium, wordt de reikwijdte van de wet aanzienlijk uitgebreid. Een al langer gekoesterde wens als de avondklok wordt alsnog via een amendement verzilverd.

Als we kijken naar wat de Wet bestrijding ernstige overlast mogelijk maakt in vergelijking tot wat al kon, dan is de oogst schraal.<sup>30</sup> Het blijft eigenlijk beperkt tot de meldingsplicht en de avondklok. Van beide moet de werkbaarheid nog blijken. Wij zijn er niet gerust op. Voor het overige is het de burgemeester alleen maar moeilijker gemaakt. Het gebieds- en het stadion (omgevings)verbod bestonden al, konden en kunnen bij eenmalige verstoringen worden opgelegd, terwijl het volgens de Voetbalwet om herhaalde verstoring moet gaan.

Daar komt nog bij dat als de burgemeester gebruik wil maken van het gebiedsverbod in de Wet bestrijding ernstige overlast hij in een concurrerende positie met de ovj zit. We betwijfelen of een dergelijke hybride regeling ook zou zijn voorgesteld binnen de huidige departementale structuur met een minister van Veiligheid én Justitie. Opmerkelijk is overigens dat inmiddels bij de Tweede Kamer al weer een nieuw wetsvoorstel over dit onderwerp ligt. Nu wordt voorgesteld aan de strafrechter de mogelijkheid toe te kennen om een gebiedsontzegging, contactverbod of meldingsplicht op te leggen als maatregel in het strafproces.<sup>31</sup> De lengte van de voorgestelde sanctie begint nu 'Engelse' vormen aan te nemen: twee jaren. In de Wet bestrijding overlast is dat drie maanden met drie keer de mogelijkheid van verlenging met drie maanden.

We kunnen ons niet aan de indruk onttrekken dat de wetgever onvoldoende op de hoogte was van op grond wat het lokale instrumentarium al mogelijk was. De nieuwe wet bevat daarom voor het lokale bestuur met uitzondering van de meldingsplicht weinig nieuws. Van een Voetbalwet naar Engelse snit is in de verste verte geen sprake. Als de wet al gaat werken, dan is het nu juist niet in de sfeer van de aanpak van hooliganisme. We raden daarom sterk aan de term Voetbalwet niet meer te gebruiken.

30 Kritisch ook over de meerwaarde De Jong 2007, p. 104.

31 *Kamerstukken II* 32 551, 2010/11, nrs. 1 en 2.

# De Grondwet: meer dan een speeltuin voor staatsrechtgeleerden

B.M. OOMEN\*

Van alle warme herinneringen aan de Staatscommissie Grondwet beklijft de vergadering in het Kurhaus, op 28 juni 2010, met constitutionele toetsing en de algemene bepaling op de agenda. De vergaderzaal, een andere dan gebruikelijk, bood pal zicht op de Scheveningse badgasten. De zee in, de zee uit, en later in de middag een oranje t-shirt over de zwembroek en de strandtenten in. Terwijl Nederland-Slowakije op het strand duidelijk een hot issue was ploegden wij ons, onaangedaan, door art. 7 lid 2 en 3. Het was niet de eerste keer dat ik mij afvroeg of de ramen niet iets open zouden kunnen. Al die verhitte discussies en grote onderwerpen, verdienen zij niet een ook een groter publiek? Tijdens een diner in december, nadat weer een plan om de burger te betrekken beleefd van tafel was geschoven, verzuchtte ik over de sushi tegen de collega's: 'de Grondwet is toch niet alleen een speeltuin voor staatsrechtgeleerden?'. Het betrekken van de burger raakte mij om drie redenen: het belang van publieke betrokkenheid bij het proces van grondwetsherziening, de extra kwaliteit en legitimiteit die publiek debat aan de voorstellen zou geven en de noodzaak om te komen tot een breed gekende en gedragen grondwetstekst. Ten eerste is het in Nederland belangrijk om iedere gelegenheid aan te grijpen om Nederlanders te kennen in de aard en achtergrond van ons constitutionele bestel. Zoals Habermas het stelde: in de permanente maatschappelijke discussie over de inhoud van en de grenzen aan grondrechten krijgt postmodern democratisch burgerschap pas echt vorm. Nederlanders weten, zo ontdekten Herman Lelieveldt en ik in 2008, bijzonder weinig van de Grondwet.<sup>1</sup> Dit geldt overigens ook voor die andere documenten waarin fundamentele rechten vastgelegd zijn: maar 3% van de Nederlanders noemt het EVRM spontaan als bron van mensenrechten, en Nederlandse jongeren weten veel minder van het Kinderrechtenverdrag dan andere Europeanen.<sup>2</sup> Daarnaast hebben Nederlanders een irreëel beeld van die Grondwet: een derde verwacht er naast rechten allerlei plichten in aan te treffen, en de

\* Prof.dr. B.M. Oomen is hoogleraar sociologie van de mensenrechten aan de Roosevelt Academy en bijzonder hoogle-raar rechtspluralisme aan de Universiteit van Amsterdam.

<sup>1</sup> B. Oomen. 'Constitutioneel bewustzijn in Nederland: Van burgerschap, burgerzin en de onzichtbare grondwet', *Recht Der Werkelijkheid* 2009, p. 55-79; B. Oomen en H. Lelieveldt, 'Onbekend maar niet onbemind: Wat weten en vinden Nederlanders van de grondwet?', *NJB* 2008, p. 577-578.

<sup>2</sup> B. Oomen en M. Vrolijk. *Inspiratie voor mensenrechteneducatie: Democratisch burgerschap en mensenrechten in het (burger)schapsonderwijs*, Leiden: Stichting NJCM-Boekerij 2010; European Commission, *Flash eu-robarometer: The rights of the child analytical report*, 2009, p. 273.

meerderheid kent de Grondwet meer horizontale werking toe dan zij daadwerkelijk bezit. Het gebrek aan besef van het open, onvolledige en ontoetsbare karakter van de huidige Grondwet leidt tot veel misverstanden. De recente discussies over het opzeggen van het EVRM zijn daarvan wellicht het meest prangende voorbeeld. Hieruit blijkt weinig besef van het belang van de grondrechtenbescherming, juist voor de Nederlandse burger, door het verdrag. Nu staatsinrichting als vak is afgeschaft, en het burgerschapsonderwijs nauwelijks aandacht heeft voor politiek burgerschap, is het van belang om een proces als dit aan te grijpen voor een constitutionele dialoog. Dit zeker als de burger centraal staat in de opdracht. Ten tweede, had het betrekken van de burger op geselecteerde onderwerpen de kwaliteit en de legitimiteit van het proces kunnen verhogen. Zij die door de Grondwet gebonden zijn en - daarnaast - zij die zich door haar beschermd weten hebben wellicht ook zinnige ideeën over de inhoud ervan. Ook kan een breed proces van consultatie leiden tot meer draagvlak, en daarmee de kans verkleinen dat zinnige, nuttige aanbevelingen in het ronde archief verdwijnen.

Ten derde had het doel moeten zijn: een Grondwet die door de Nederlanders begrepen en gedragen kan worden. Waarom, zo hoor ik vaak uit de klasse der constitutionalisten, zou de gemiddelde Nederlander nu dit 'handboek soldaat' (Jurgens), dit 'sneue instrument' (Peters), dit stuk 'gestold verleden' (Donner) moeten kennen? Dit raakt ten eerste aan de vraag van de constituent. Terwijl het redelijk duidelijk is tot wie de Grondwet zich richt, hangt de vraag namens wie zij dit doet in Nederland verbluffend vaak in het luchtledige. Toch valt uit de aard van ons democratische bestel een volkssoevereiniteit af te leiden die ook ten grondslag ligt aan de Constitutie. De Grondwet creëert staatsorganen, geeft de bevoegdheden en stelt daaraan grenzen *namens* de burger.

Daarnaast getuigt de - in staatsrechtkringen veelgehoorde stelling - dat de Grondwet geen stof is voor burgers omdat zij zich richt tot de Overheid van vergaande sociologische naïviteit. Die overheid bestaat namelijk uit burgers. Het wemelt ervan: ministers die een paar maanden geleden nog paarden fokten, Kamerleden die vers uit de cockpit komen, gemeente-ambtenaren die voorheen carrière maakten in de supermarkt, de zorg, het onderwijs. Zeker nu voor veel van deze ambten een introductie in het staatsrecht ontbreekt, kan het leggen van een maatschappelijke bodem helemaal geen kwaad.

Ook gaat deze binaire benadering die burger en overheid als twee aparte werelden ziet voorbij aan de wijze waarop, bijvoorbeeld, fundamentele rechten gerealiseerd worden. Dit gaat, zo leren de geschiedenis en de rechtssociologie, vaak niet vanzelf - omdat een minister of kamerlid bedenkt dat kiescomputers te kraken zijn, of homodiscriminatie onwen-

opinie



selijk. De rol van de media, maatschappelijke organisaties en individuele burgers in het de overheid aanspreken op haar taken is een cruciale. Wie het in de Grondwet neerlegde bestel gerealiseerd wil zien, betreft daarbij de burger en zorgt dat deze de inhoud van de Grondwet kan begrijpen. Moet deze dan in Jip en Janneke-taal? Natuurlijk niet, met wat snoeien, herorganiseren en herformuleren is al heel wat duidelijkheid te behalen. Zeker voor wie uit wil leggen waarom er bijvoorbeeld 'bij of krachtens de wet' moet staan. Kan niet veel opgelost met het onderwijs? Natuurlijk, maar daar gebeurt weinig. Moeten wij onder fanfare-geschal achter een gezwollen Grondwet aan marcheren? Niets van dat alles, de nuchtere laagde tekst heeft ook charmes. Maar een maatschappelijke dialoog over ons constitutionele bestel, dat juist de spelregels bevat om in verscheidenheid samen te leven, kon en kan Nederland best gebruiken.

De Grondwet, hoe onvolkomen ook, bevat veel van de kernwaarden van ons staatsbestel en, als het aan de Staatscommissie ligt, binnenkort nog meer, zoals een algemene bepaling. Het schaven aan die waarden moet niet alleen gebeuren in de ivoren torens van de wetenschap en op de Haagse vierkante kilometer. Daaronder behoeven zij maatschappelijk draagvlak, gekend en gedragen worden door de rest van de Nederlanders. Zoals de Amerikaanse rechter Learned Hand zei: 'Liberty lies in the hearts of men and women; when it dies there, no Constitution, no court, can even do much to help it'.<sup>3</sup> Juist omdat ik warme herinneringen koester aan de discussies binnen de commissie, en vind dat het eindrapport vol waardevolle aanbevelingen staat, zie ik dit aspect van het proces in voetbaltermen: een gemist schot voor open doel.

3 Aangehaald in: G. Gunther, *Learned Hand: The Man and the Judge*, New York: Knopf 1994, p. 549

# Wat de Grondwet vermag

H.R. VAN GUNSTEREN\*

Barbara Oomen voert veel argumenten en overwegingen aan om anderen te bekeren tot haar visie op burgerbetrokkenheid bij de Grondwet. Te veel argumenten naar mijn idee en niet allemaal steekhoudend. En ook te eenzijdig. De overwegingen van haar tegenstanders moeten in volle kracht worden weergegeven wil ze een kans maken ze te overtuigen.

Staatsrechtgeleerden hebben plezier in hun werk en bekritisieren elkaars bijdragen naar hartelust. Maar zij reduceren daarmee de Grondwet niet tot hun eigen speeltuin. Net zo min als chirurgen die met gusto over hun werk spreken de te opereren lichamen louter als hun speeltuin behandelen.

Barbara Oomen vindt het belangrijk om iedere gelegenheid aan te grijpen om Nederlanders te kennen in ons constitutionele bestel. Belangrijk misschien wel, maar rechtvaardigt dit bemoeienis van overheidswege?

Hebben burgers in een vrije samenleving geen recht op onverschilligheid, het recht om noch voor noch tegen de zijn maar zich op geheel andere zaken te concentreren?

De referentie naar Habermas gaat over grondrechten, dat is toch niet identiek met 'ons constitutioneel bestel'?

Dat mensen niet veel weten van de Grondwet en dat ze, desgevraagd, een irreëel beeld hebben van wat die wel en niet behelst is normaal. Ik weet van een heleboel dingen niet, maar kan, als het nodig is, wel het weten van anderen te hulp roepen. Desgewenst kan ook een weinig wetende met behulp van experts, bijvoorbeeld rechtsgeleerden, actief en doeltreffend optreden met betrekking tot grondwettelijke zaken. Ik wil aan een constitutionele dialoog kunnen deelnemen als dat nodig is, maar niet permanent of op afroep van een commissie.

Doel zou volgens Oomen moeten zijn dat de Grondwet breed wordt gedragen. Is dat thans niet het geval? Mijn indruk is dat heel veel burgers de Grondwet steunen, hoewel ze weinig precies weten wat erin staat.

Misschien is de steun zo groot juist dankzij onwetendheid. En als de

opinie

\* Prof.mr. H.R. van Gunsteren is emeritus hoogleraar politieke theorie en rechtsfilosofie aan de Universiteit Leiden.

nieuwe Grondwet echt een issue wordt kunnen burgers zich als constituant bij verkiezingen voor of tegen de goedkeuring in tweede lezing uitspreken.

De Grondwet behelst grotendeels bepalingen die op ambten bij de overheid betrekking hebben. Macht en tegenmacht wordt daarbij gestalte gegeven. Dat constateren kan je niet afdoen als verregaande sociologische naïviteit. Het betreft uiterst belangrijke bepalingen die misbruik van de gevaarlijke overheidsmacht tegengaan. Het argument dat de overheid toch ook uit burgers bestaat is onvoldoende reden om alle burgers grondwettelijk te trainen. Het zijn slechts enkelen van de miljoenen burgers die ambten vervullen. En wat ze aan kennis daarvoor nodig hebben kunnen ze bijleren als de tijd daar is.

Begrijpen wat de Grondwet behelst moet voor iedere burger mogelijk zijn. Daaruit volgt echter niet dat dus iedere burger daadwerkelijk dat begrip moet hebben. 'Mogelijk' is niet hetzelfde als 'moeten'. En dat Nederland een constitutionele dialoog best kan gebruiken betekent niet dat deze van overheidswege aangezwengeld en gefinancierd zou moeten worden.

Ten slotte het citaat van Learned Hand. Dat zegt slechts dat als de mensen vrijheid niet in hun hart dragen een Grondwet niets vermag. Niet dat de mensen de Grondwet in hun hart moeten dragen.

# Een nieuw kiesstelsel voor Duitsland

PH. KIIVER\*

Duitsland krijgt een nieuw kiesstelsel. Dat kan niet anders, want het Constitutioneel Hof heeft het huidige op verkiezingen van de Bondsdag toepasselijke kiesstelsel in juli 2008 ongrondwettig verklaard en de wetgever tot eind juni 2011 de tijd gegeven om een nieuw stelsel in te voeren.<sup>1</sup> Wat was er mis met het oude stelsel? Wat zijn de alternatieven? En hoe kijken de politieke partijen ertegen aan?

## 1. Het oude stelsel

Het huidige Duitse kiesstelsel is een gemengd stelsel op basis van evenredige vertegenwoordiging, en functioneert als volgt.<sup>2</sup> De kiezer brengt twee stemmen uit: aan de linkerkant van het stembiljet een voor een plaatselijke kandidaat in zijn enkelvoudig kiesdistrict, en aan de rechterkant een voor een politieke partij die in zijn deelstaat meedoet aan de verkiezingen. De kiezer in, bijvoorbeeld, het pittoreske Trier stemt dus aan de linkerkant ('eerste stem') op Müller van de CDU of Schmidt van de SPD voor het kiesdistrict nr. 204 (Trier) en aan de rechterkant ('tweede stem') op de CDU of SPD van Rijnland-Palts.

De zetels van de Bondsdag worden op basis van de landelijke 'tweede stem'-resultaten overeenkomstig evenredige vertegenwoordiging verdeeld tussen de politieke partijen. Als de CDU landelijk 30% van de 'tweede stemmen' heeft gewonnen, krijgt zij, kort gezegd, 30% van de zetels toegewezen. Dat zijn er dan ongeveer 180.<sup>3</sup> Vervolgens worden de zetels binnen de fracties verdeeld onder hun deelstaatsgeledingen. Als de CDU 5% van haar landelijk succes te danken heeft aan de CDU Rijnland-Palts, omdat 5% van haar 30% van 'tweede stemmen' afkomstig waren uit die deelstaat, krijgt die deelstaatsgeleding 5% van de CDU-zetels toegewezen. Dat zijn bijvoorbeeld negen van de 180 zetels in de CDU-fractie. Als voorts Müller als enige CDU-kandidaat in Rijnland-Palts een kiesdistrict heeft weten te veroveren, namelijk Trier, door daar een relatieve

bij de  
buren

\* Dr.mr. Ph. Kiiver is universitair hoofddocent Europees en vergelijkend constitutioneel recht aan de Universiteit Maastricht.

1 BVerfG 3 juli 2008, 2 BvC 1/07, 2 BvC 7/07.

2 Het stelsel is neergelegd in de Kieswet (*Bundeswahlgesetz*) maar is daar vreselijk omslachtig geformuleerd, zie voor een handig uitleg A.W. Heringa en Ph. Kiiver, *Constitutions Compared - An Introduction to Comparative Constitutional Law*, Antwerpen/Oxford/Portland: Intersentia 2009.

3 Tot 2008 werd hiervoor de Hare-Niemeyer-methode gebruikt waarbij restzetels toebedeeld worden aan partijen met de grootste overschotten. Sinds

meerderheid van ‘eerste stemmen’ aan de linkerkant van het stembiljet te behalen, dan krijgt Müller als winnaar van het kiesdistrict Trier één van de negen voor de CDU Rijnland-Palts gereserveerde zetels binnen de fractie. De overige acht gereserveerde zetels gaan naar de eerste acht kandidaten van de lijst van de CDU Rijnland-Palts. Met andere woorden: winnaars van kiesdistricten komen als eersten aan de beurt, de rest van de zetels wordt opgevuld vanuit de lijst. En wat als er naast Müller ook nog negen andere CDU-kandidaten binnen Rijnland-Palts een kiesdistrict zouden hebben veroverd? In dat geval zouden er in die deelstaat tien winnaars uit districten zijn, terwijl er voor de partij in die deelstaat slechts negen zetels beschikbaar zijn. De oplossing is de toekenning van de beroemde overhangzetel (*Überhangmandat*): er wordt een tiende zetel aan de CDU Rijnland-Palts toebedeeld om ruimte te creëren voor alle winnaars van kiesdistricten in die deelstaat. Daarmee groeit de deelstaatgeleding van de CDU met één zetel, van negen naar tien, allemaal districts-kandidaten. Ook de CDU-fractie als geheel groeit met die ene zetel. Bovendien kent de Bondsdag zelf ineens één zetel meer dan oorspronkelijk de bedoeling was. Om die reden staat – anders dan in de Nederlandse Staten-Generaal – het aantal parlementsleden in Duitsland nooit vast. De basisgrootte is 598, maar op het ogenblik zijn het er bijvoorbeeld, dankzij overhangzetels, 622 zetels.

## 2. Negatief stemgewicht

Maar nu komt pas de echte complicatie. Door de combinatie van enerzijds de evenredige verdeling van zetels tussen deelstaatsgeledingen binnen fracties en anderzijds de mogelijkheid van overhangzetels, kan het fenomeen optreden van ‘negatief stemgewicht’. Dat wil zeggen dat kiezers op een politieke partij kunnen stemmen en dat die partij als gevolg daarvan minder zetels krijgt, en andersom. Hoe komt dat? Laten we nogmaals het eerdere voorbeeld aanhalen: de CDU Rijnland-Palts heeft recht op negen zetels binnen de CDU-fractie, maar heeft tien districten veroverd en krijgt er dus een overhangzetel bij. Wat nu als er in eerste instantie méér kiezers in Rijnland-Palts met hun tweede stem op de CDU hadden gestemd, zodat een lichtelijk groter aandeel van de CDU-stemmen voor de partij als geheel uit die deelstaat afkomstig zou zijn geweest? Dan zou de CDU Rijnland-Palts op een gegeven moment tien zetels in plaats van negen zetels binnen de CDU-fractie hebben kunnen claimen. Echter, als de CDU Rijnland-Palts van begin af aan recht heeft op tien zetels, heeft zij uiteraard ook geen extra overhangzetels voor haar tien districts-kandidaten nodig. Nu is er immers voldoende ruimte voor alle tien winnaars. Méér mensen stemden op de CDU, maar als gevolg vangt de geleding

2008 wordt de Sainte-Laguë/Schepers-methode gehanteerd waarbij de aantallen stemmen per partij door een stijgende reeks van delers gedeeld worden. Evenals de in Nederland gebruikte d'Hondt-methode zijn dit echter slechts mathematische modellen voor de praktische omzetting van evenredige vertegenwoordiging. Het beginsel van evenredige vertegenwoordiging zelf blijft bepalend. De in Duitsland gehanteerde kiesdrempel om in aanmerking te komen voor evenredige vertegenwoordiging blijft hier overigens buiten beschouwing omdat de kiesdrempel in deze context geen onderwerp van discussie was.

geen overhangzetel en de fractie als geheel groeit niet. Zij had, paradoxaal genoeg, slechts kunnen groeien als er in Rijnland-Palts minder mensen op de CDU hadden gestemd.

Normaliter komt men pas achter het bestaan van deze anomalieën als de uitslagen bekend zijn. In 2005 kregen kiezers in het kiesdistrict Dresden evenwel de kans om het spel tactisch slim te spelen. Vlak voor de verkiezingen overleed één van de districtskandidaten, en de verkiezingen in dat ene district werden apart gehouden nadat de landelijke uitslagen reeds bekend waren. De CDU had volgens deze uitslagen in Saksen al recht op drie overhangzetels. Een grote hoeveelheid stemmen op de CDU in Dresden zou niets aan het aantal Saksen in de CDU-fractie hebben veranderd: één van de drie overhangzetels zou tot reguliere zetel zijn geconverteerd, hetgeen voor de Saksische CDU geen enkel verschil zou hebben gemaakt. Maar die winst van een reguliere zetel in Saksen zou uiteraard ten laste zijn gegaan van de CDU-geleding in een andere deelstaat. Dus: als veel mensen in Dresden stemmen op de CDU, levert de CDU in een andere deelstaat een zetel in aan de CDU in Saksen. Die zou er hierdoor echter geen zetel bij winnen, waardoor de fractie als geheel zou krimpen. Aangezien iedereen, inclusief de CDU, zich ervan bewust was dat een grote hoeveelheid tweede stemmen ongunstig voor de partij als geheel zou zijn, riep de CDU haar aanhangers min of meer expliciet op om *niet* op haar te stemmen. Zij voerde alleen campagne voor haar districtskandidaat, en met succes: haar aantal tweede stemmen was frappant laag, geheel naar wens, en de stemmen van haar aanhangers gingen in plaats van de CDU naar de beoogde kleinere coalitiepartner FDP. Deze aparte verkiezing in Dresden, met haar perverse prikkels, leidde uiteindelijk tot de genoemde uitspraak van het Duitse Constitutionele Hof van juli 2008<sup>4</sup>: de mogelijkheid van een negatief stemgewicht schendt het rechtstreekse en gelijke karakter van de verkiezingen zoals dat is voorgeschreven in art. 38 van de Duitse Grondwet.

### 3. De uitspraak van het Duitse Constitutionele Hof

Het is volgens het Constitutioneel Hof niet met de Grondwet verenigbaar dat kiezers onbewust hun favoriete partij kunnen schaden door op haar te stemmen en andersom. Voor de Bondsdag zelf hield de uitspraak van het Hof twee concrete boodschappen in. Ten eerste kon het kiesstelsel, ondanks zijn vastgestelde ongrondwettigheid, in stand worden gehouden. Het Constitutionele Hof vernietigde de betreffende bepalingen van de Kieswet niet, de volgens die wet tot stand gekomen verkiezingsuitslagen bleven geldig en de daardoor verkozen Bondsdagen bleven legitiem. Ten tweede kreeg de wetgever tot 30 juni 2011 de tijd om een nieuwe Kieswet

<sup>4</sup> BVerfG 3 juli 2008, 2 BvC 1/07, 2 BvC 7/07.

vast te stellen die met de Grondwet en de uitspraak van het Hof geheel verenigbaar zou zijn.

De keuze om de ongrondwettige bepalingen van de Kieswet niet te vernietigen, was vrij begrijpelijk. Het alternatief zou immers zijn geweest dat het land ineens zonder parlement en zonder kiesstelsel zou hebben moeten draaien. Het instellen van een alternatief kiesstelsel krachtens interim-maatregel van het Hof zelf was geen voor de hand liggende oplossing, nu er een hele reeks alternatieve mogelijkheden bestonden om de ongrondwettigheid te repareren. De relatief royale deadline voor reparatiewetgeving die de wetgever hierbij werd gegund, bleek achteraf evenwel problematisch. De rechtvaardiging was dat elk alternatief zijn eigen consequenties zou hebben: een dergelijke keuze moest goed overwogen worden, en ook moest de burger tijd worden gegund om aan het nieuwe stelsel te wennen. Eén van de gevolgen van dit element van de uitspraak was dat er in september 2009 verkiezingen voor de Bondsdag nog volgens het oude systeem werden gehouden terwijl men al wist dat het ongrondwettig was. Echter, vooral voor wat de CDU betreft is er sinds de uitspraak bijna niets gebeurd, en zelfs eind januari ligt er nog geen concreet wetsvoorstel van de regeringsfracties. Nu hebben de kleine oppositiepartijen het gevoel dat het even goed sneller, nog vóór de laatste verkiezingen had gekund, nu zal het immers alsnog heel snel moeten.

#### **4. Alternatieven en politieke voorkeuren**

De fractie van de Groenen was al in februari 2009 met een eigen wetsvoorstel voor een wijziging van de Kieswet gekomen met het oog op de verkiezingen van september van dat jaar.<sup>5</sup> Het voorstel hield in dat de overhangzetels min of meer geheel af moesten worden geschaft. Het uitgangspunt was dat overhangzetels landelijk partij-intern moesten worden verrekend. Overhangzetels in een bepaalde deelstaat komen dan niet bovenop de reguliere zetels maar gaan ten laste van andere deelstaatgeledingen waar geen overhangzetels ontstaan. Hiermee blijft de grootte van de fracties als geheel, zoals zij uit evenredige vertegenwoordiging voortvloeit, in stand. Wel wordt er minder nadruk gelegd op de regionale proportionaliteit binnen de fracties (en, zo zou je kunnen zeggen, worden deelstaatgeledingen met veel tweede stemmen gestraft ten opzichte van geledingen wier kandidaten een groot aantal districten weten te winnen).

De Groenen stelden, toen zij hun voorstel inbrachten, dat er geen enkele reden bestond om tot na de verkiezingen of zelfs tot 2011 met een wetswijziging te wachten, en dat het schandalig was om verkiezingen door te laten gaan op basis van een gebrekkig stelsel. De fractie was ook zeer verontwaardigd toen bleek dat de regeringsfracties van de toenmalige grote

<sup>5</sup> Deutscher Bundestag, Drucksache 16/11885.

coalitie van Christen- en Sociaaldemocraten veel minder van de urgentie van deze kwestie doordrongen waren. Vooral de CDU anticepeerde toen al, op basis van gunstige opiniepeilingen, op een groot aantal overhangzetels volgens het oude stelsel. Zij kreeg er uiteindelijk ook 24.<sup>6</sup> Het Groene voorstel bleef liggen.

Uiteraard komt een bepaald kiesstelsel de ene partij beter uit dan de andere.

Het matige enthousiasme van de grote partijen CDU/CSU en de SPD hierover verbaast niet, aangezien bijna alle kiesdistricten in het land door ofwel de SPD ofwel de CDU en in Beieren door de CSU in de wacht worden gesleept. De overige, kleinere partijen, zoals de Groenen, maken in het relatieve meerderheidsstelsel dat voor districten geldt geen of weinig kans.<sup>7</sup> Ook de voor de liefhebber hoogst interessante, door deskundigen in hun vrije tijd beheerde website [www.wahlrecht.de](http://www.wahlrecht.de) steunt de partij-interne verrekening van overhangzetels als ideale oplossing.<sup>8</sup> De auteurs van de website zijn zich er evenwel goed van bewust dat een dergelijk voorstel niet haalbaar is. Het partij-interne verdringen van lijstkandidaten door districts-kandidaten zou onder andere ongunstig uitpakken voor bepaalde partij-apparatsjiks die zelf geen districten winnen en alleen dankzij hun hoge plek op de lijst de Bondsdag binnenkomen. De auteurs merken op dat in de huidige Bondsdag met een dergelijk stelsel de CDU alleen uit districts-kandidaten zou bestaan, zodat bepaalde functionarissen buiten de boot zouden vallen, waaronder een minister, twee staatssecretarissen en zelfs de Kamervoorzitter.<sup>9</sup>

Naar verluidt is er binnen de huidige coalitie van CDU/CSU en FDP steun voor een model zoals dat in de verkiezingen van 1953 werd gehanteerd.<sup>10</sup> Hierbij krijgt elke deelstaat van tevoren een vast contingent van zetels in de Bondsdag toebedeeld, en worden deze zetels tussen de partijen verdeeld op basis van hun aantal tweede stemmen in de betreffende deelstaat. De deelstaten worden daarmee gesloten, meervoudige districten. Wanneer een partij binnen een deelstaat meer districten zou winnen dan zij zetels heeft, zouden er weer, zoals voorheen, overhangzetels bij komen. Maar met vaste deelstaatcontingenten zouden de deelstaatsgeledingen *binnen* de partijen elkaar niet langer beconcurreren. Daarmee blijven overhangzetels bestaan maar wordt het negatieve stemgewicht voorkomen. De FDP heeft als kleine partij op zich geen belang bij het behoud van overhangzetels, maar is als juniorpartner in de huidige regeringscoalitie relatief tam, zoals blijkt uit de behoudende opinie van haar woordvoerder inzake kiesrechttherziening.<sup>11</sup>

Zoals elk kiesstelsel heeft ook dit voorstel voor- en nadelen, en in dit geval niet alleen wiskundige vertekeningen maar ook haken en ogen van juridische aard. In het coalitievoorstel zouden bijvoorbeeld partijen profiteren

6 Een politiek spannende vraag was of de CDU samen met haar coalitiepartners alleen dankzij deze overhangzetels een meerderheid in de Bondsdag zou bereiken: dit had immers als illegitieme meerderheid kunnen worden bestempeld. Uiteindelijk had de coalitie ook zonder overhangzetels een meerderheid, zodat tenminste deze kwestie niet meer speelt.

7 De uitzondering waren in de laatste jaren de post-communistische PDS, thans genaamd Die Linke, en de Groene politicus Christian Strobele, die allebei in het oosten en centrum van Berlijn districten wisten te winnen.

8 [www.wahlrecht.de/news/2011/01.htm](http://www.wahlrecht.de/news/2011/01.htm).

9 Anders dan in Nederland bestaat er in Duitsland geen incompatibiliteit tussen het parlementslidmaatschap en een ministerfunctie, en zijn de meeste ministers dan ook tevens parlementsleden.

10 Zie noot 8. De auteur van het bericht bevestigt op navraag dat de informatie uit bronnen binnen de fracties in de Bondsdag stamt, en zij wordt bevestigd in de *Frankfurter Allgemeine Zeitung* van 7 januari 2011. Men had zoiets al afgelopen najaar zien aankomen: de coalitiefracties wilden geen adviescommissie instellen maar met een eigen voorstel komen, en de algemene denkrichtingen waren toen al bekend, zie 'Vom Ausgleich des Überhangs', *FAZ* 26 september 2010.

11 Stefan Ruppert (FDP): 'Wahlrecht behutsam fortentwickeln', [www.fdp-fraktion.de/Ruppert-Wahlrecht-behutsam-fortentwickeln/1482c16121p6/index.html](http://www.fdp-fraktion.de/Ruppert-Wahlrecht-behutsam-fortentwickeln/1482c16121p6/index.html). De traditionele campagnestrategie van de FDP is om te suggereren dat de eerste stem aan de plaatselijke CDU-kandidaat moet worden gegeven en de tweede, zogenaamd minder belangrijke stem aan de FDP mag worden 'uitgeleend'. Hiermee lift de FDP in feite mee op haar beoogde grote



wanneer zij een groot aandeel van stemmen in deelstaten met geringe kiezersopkomst zouden halen. De minimumgrootte van de deelstaatcontingenten zou immers gegarandeerd zijn, zodat een stem in een deelstaat met geringe opkomst relatief zwaarder zou wegen dan een stem die uitgebracht is in een deelstaat met hoge opkomst. Ook het fenomeen overhangzetel als zodanig, dat in het voorstel gehandhaafd zou blijven, is tamelijk problematisch, aangezien het de resultaten van evenredige vertegenwoordiging vertekent: zowel deelstaten als fracties zijn in de Bondsdag oververtegenwoordigd als zij overhangzetels hebben gegenereerd. Het Constitutionele Hof heeft in 1997 weliswaar geoordeeld dat de toebedeling van overhangzetels zonder compensatiestelsel ten gunste van de overige partijen met de gelijkheid van stemmen in de Grondwet verenigbaar is.<sup>12</sup> Bij deze uitspraak was de kamer van het Hof echter uiterst verdeeld (vier rechters tegen vier), en de wetgever moet er volgens de uitspraak op letten dat overhangzetels 'binnen perken' blijven.<sup>13</sup> De overige vier rechters vonden dat de grens van het toelaatbare nu al was overschreden omdat de overhangzetels tot een verschuiving van het stemresultaat tot gevolg hebben, die verder gaat dan de onzuiverheden die inherent zijn aan elke mathematische verdeling van (rest)zetels op basis van evenredige vertegenwoordiging.

En uiteraard spelen er ook nog politieke belangen. De SPD komt het bestaan van overhangzetels bijvoorbeeld ongunstig uit – ervan uitgaande dat haar verkiezingssuccessen tenminste in de districten in de toekomst matig zullen blijven. Zij eist daarom juist een compensatiestelsel: overhangzetels voor de ene partij worden gecompenseerd door extra zetels voor de overige partijen.<sup>14</sup> Dit zou de vertekening van de evenredige vertegenwoordiging tussen partijen en tussen deelstaten nog doen toenemen. Voorts valt zonder een maximering de groei van de Bondsdag al helemaal niet meer te controleren. Maar het negatieve stemgewicht, waar het in de uitspraak van het Hof om ging, zou inderdaad keurig worden uitgesloten.

## 5. Implicaties voor Nederland

Eén van de evergreens in het Nederlandse staatsrecht is, naast constitutionele toetsing en het bestaansrecht van de Eerste Kamer, het al dan niet bestaan van de noodzaak om het kiesstelsel te wijzigen. Het Duitse kiesstelsel is, ook al toen destijds de plannen van Thom de Graaf werden besproken, doorgaans één van de favoriete alternatieven. Omdat de zetelverdeling gebaseerd is op evenredige vertegenwoordiging, zou het stelsel op zich verenigbaar zijn met art. 53 lid 1 Gw. maar met overhangzetels zou het in art. 51 lid 2 Gw. neergelegde aantal Kamerleden niet langer gegarandeerd kunnen worden. Nu is gebleken dat dit stelsel zelfs in

coalitiepartner, die hierdoor een groot aantal van de in werkelijkheid belangrijker tweede stemmen mist. Het behoud van overhangzetels (voor de CDU dan) is dan vanuit dat oogpunt alleen maar eerlijk.

<sup>12</sup> BVerfG 10 april 1997, 2 BvF 1/95.

<sup>13</sup> Ibid, par. 101 e.v.

<sup>14</sup> Zie voetnoot 10.

Duitsland zélf ongrondwettig is, maar dan om een relatief obscure wiskundige reden, is het wellicht verstandig om, alvorens hierin nieuwe inspiratie te vinden, af te wachten hoe de Duitse wetgever het zal repareren, en hoe het Constitutioneel Hof over de nieuwe reparatiewet zal oordelen. Het is immers niet onwaarschijnlijk dat ook het nieuwe kiesstelsel zal worden aangevochten aangezien elke stemgerechtigde burger een constitutioneel bezwaar bij het Hof zal kunnen aantekenen.

Een van de voor (staatsrechtelijk) Nederland wellicht interessantste vragen zal zijn of overhangzetels volgens de Duitse rechtspraak op zich wel toelaatbaar zijn, en of en hoe zij kunnen worden uitgesloten. De relevantie hiervan ligt besloten in twee feiten. Ten eerste staat in Nederland, anders dan in Duitsland, de omvang van het parlement in de Grondwet. Nu er in het huidige Nederlandse regeerakkoord staat dat er toch aan het aantal zetels in de Staten-Generaal gaat worden gesleuteld, zou dit een opening kunnen bieden om hieraan iets te doen. Echter, ten tweede is het zo dat ook in Nederland de stemgelijkheid niet onbelangrijk is. Een te grote vertekening van het stemresultaat door overhangzetels zou, zeker als dat ook in Duitsland als constitutioneel probleem wordt gezien, de aantrekkelijkheid van een dergelijk kiesstelsel eventueel doen afnemen.<sup>15</sup> Hoe dan ook, als puntje bij paaltje komt, zijn de interne verrekening of het laten vervallen van gewonnen districtzetels de enige manier om overhangzetels uit te sluiten en een vast aantal zetels in het parlement te garanderen. Of dat nu moet omdat het aantal zetels grondwettelijk beperkt is, of omdat de vertekening van het resultaat de Grondwet schendt, of omdat de vertekening van het resultaat politiek ongewenst is terwijl het juridisch wel mag, doet er niet toe. Wij zullen gauw zien waarmee de Duitse wetgever komt. De deadline is 30 juni a.s.

15 Een negatieve rechterlijke uitspraak hierover zoals in Duitsland is daarentegen onwaarschijnlijk: zelfs als het wetsvoorstel-Halsema in tweede lezing wordt aangenomen, zodat de Kieswet aan de Grondwet zou kunnen worden getoetst, behoort art. 53 Gw. niet tot de bepalingen waaraan getoetst zou kunnen worden.

# Prime Minister Berlusconi, the judiciary and the duty of loyal cooperation in a recent decision of the Italian Constitutional Court

F. FABBRINI\*

\* F. Fabbrini is a PhD researcher, Law Department, European University Institute. For disclosure purposes I should reveal that in the 2009-2010 judicial term I interned as a law clerk for Justice Sabino Cassese of the Italian Constitutional Court, who happens to be the *juge rapporteur* of the decision of the Court under review in this essay. However, since I had already left the Court when the case was assigned to the *juge rapporteur*, I have never been involved in any activity essential to the preparation of the decision, or even preparatory or consequential to it. Needless to say then, that the opinions expressed in this essay are exclusively mine and do not intend to reflect the official position of specific Justices, much less of the Italian Constitutional Court.

<sup>1</sup> Cf. in a comparative perspective M. Cappelletti, *Judicial Review in the Contemporary World*, Indiana: Bobbs-Merrill 1971.

<sup>2</sup> Cf. A. Pizzorusso, 'Italian and American Models of the Judiciary and of Judicial Review of Legislation: A Comparison of Recent Tendencies', *American Journal of Comparative Law* 1990, p. 373.

<sup>3</sup> Article 135 Const. It. (stating that the Court consists of fifteen justices, one third being appointed by the President of the Republic, one third being elected by the two Chambers of

## 1. Introduction

On 13 January 2011 the *Corte Costituzionale* – the Italian Constitutional Court – in a much awaited judgment – *sentenza* n° 23/2011 – has declared the partial unconstitutionality of the Act n° 51 of 7 April 2010. This statute was enacted by Parliament to ensure that the *Presidente del Consiglio* – Italy's Prime Minister, currently Mr. Silvio Berlusconi – and the other Ministers of the Italian cabinet would be legally excused from attending the hearings of the criminal trials in which they are accused because of a 'legitimate impossibility' to be present due to their commitments as members of the Government. In its opinion – published on 26 January 2011 and written by Justice Sabino Cassese – the Constitutional Court has declared the unlawfulness of key parts of the Act for violating the principle of equality and for introducing a special prerogative for the members of the executive branch with a simple ordinary statute rather than with a constitutional bill.

The purpose of this essay is to comment on the decision of the Constitutional Court, providing some explanations of the setting in which the review of the Court took place, of the legislation that was challenged and of the legal and political effects of the ruling. The latest intervention of the Constitutional Court, in fact, occurred after a series of unsuccessful legislative attempts by the Berlusconi Government to ensure a form of judicial immunity to the Prime Minister which had already pitted the governing majority against the judiciary and forced the Constitutional Court to intervene, in order to re-establish a workable balance between the several branches of government. The political reactions to the ruling, otherwise, raise a number of questions concerning the system of democracy, electoral competition and pluralism of the media in Italy, which ought to be assessed also from a broader European perspective. To this end, the contribution will be structured as follows. Section 2 outlines the main features of the Constitutional Court and of constitutional

review of legislation in Italy. Section 3 recalls the case law of the Court addressing legislation attempting to grant immunity to the Prime Minister. Section 4 describes the Act n° 51 of 2010 and its problematic content. Sections 5 and 6 analyse the decision of the *Corte Costituzionale* explaining first the issue of admissibility and the test of review framed by the Court and then the merit and the reasoning of the decision. Section 7 comments upon the 'duty of loyal cooperation' heralded by the Court and explains the role that this principle plays in the Court's assessment of the relationship between the political and the judicial branches of government. Section 8 outlines the political reactions to the decision and concludes with some final remarks on democracy in Italy and the role of the European Union (EU).

## 2. The Constitutional Court and constitutional review of legislation

The 1948 Italian Constitution introduced for the first time constitutional review of legislation in Italy.<sup>1</sup> Following the Kelsenian model, the Constitution established a centralized Constitutional Court,<sup>2</sup> composed of 15 judges holding office for 9 non-renewable years and appointed on the basis of a compound procedure that ensures their neutrality and independence.<sup>3</sup> Article 134 entrusts to the Court the power to decide 'disputes concerning the constitutionality of laws and acts with the force of law adopted by the state or the regions.'<sup>4</sup> The Constitution, otherwise, grants to the Court additional functions among which in particular the power to umpire 'conflicts arising over the allocation of powers between branches of government within the state'<sup>5</sup> so that when a branch alleges that its powers have been infringed by another branch, it can vindicate its functions before the Constitutional Court.<sup>6</sup>

Since no *actio popularis* or *Verfassungsbeschwerde* is in place to allow private individuals to challenge a statute directly, the Court can exercise the power of constitutional review of legislation in two ways.<sup>7</sup> According to Article 127 of the Constitution<sup>8</sup> either the central government or a regional government can challenge before the Court the constitutionality of a statute adopted by the state or by a region within 60 days from its enactment if it claims that the measure infringes upon the competences that the Constitution reserves to the state or to the regions respectively.<sup>9</sup> Although the role of the Constitutional Court in policing the boundaries between the state and the regions has become increasingly relevant in recent years (largely due to the quasi-federal evolution of the Italian constitutional structure) this type of review – known as '*giudizio in via principale*' – remains almost exclusively focused on competence issues.<sup>10</sup>

Parliament in joint session, and one third being elected by the Supreme ordinary and administrative courts).

4 Article 134, paragraph I, Const. It. A translation in English of the Italian

Constitution by C. Fusaro is available at the International Constitutional Law website: [http://www.servat.unibe.ch/icl/it\\_\\_indx.html](http://www.servat.unibe.ch/icl/it__indx.html) (last accessed 29 January 2011).

5 Article 134, paragraph II, Const. It.

bij de  
buren

6 On the 'conflicts on allocation of powers' umpired by the Constitutional Court cf. also M. Volcansek, 'Political Power and Judicial Review in Italy', *Comparative Political Studies* 1994, p. 492 ff., at p. 499.

7 Cf. T. Groppi, 'The Constitutional Court of Italy: Towards a Multilevel System of Constitutional Review?', *Journal of Comparative Law* 2008, p. 100.

8 As modified by Constitutional Revision Bill n° 3 of October 18, 2001.

9 Cf. Article 117, Const. It. (detailing the competences that belong exclusively to the central government and the competences that belong concurrently to the state and the regions as well as reserving the unenumerated competences to the regions).

10 Cf. L. Del Duca & P. Del Duca, 'An Italian Federalism? The State, Its Institution and National Culture as Rule of Law Guarantor', *American Journal of Comparative Law* 2006, p. 799.

11 For an assessment of the jurisprudence of the Constitutional Court cf. A. Morrone, 'Constitutional Adjudication and the Principle of Reasonableness', in: G. Sartor, G. Bongiovanni & C. Valentini (eds.), *Reasonableness and Law*, Dordrecht: Springer 2009, p. 215.

12 The second technical procedure through which the Constitutional Court can be invested of a constitutional question is not disciplined in the Constitution itself but in the Constitutional Bill n° 1 of February 9, 1948 – adopted almost simultaneously with the Constitution.

13 *Ceteris paribus*, the 'giudizio in via incidentale' presents similarities with the preliminary reference procedure established by (now) Article 267 of the Treaty on the Functioning of the European Union (former Article 234 of the Treaty of the European Community). Cf. A. Stone Sweet, *The Judicial Construction of Europe*, Oxford: Oxford University Press 2004, ch. 1.

14 Note that the original version of Article 68, paragraph II, Const. It. provided that no member of Parliament could be subjected to criminal prosecution without the previous authorization of the Chamber of Parliament to which he belonged. Since in the Italian parliamentary system of government *de facto* Prime Ministers and Ministers are usually also parliamentarians, this constitutional provision effectively ensured to the members of the executive a form of immunity – as no judicial proceedings could be activated against them without the approval of Parliament, and it was unlikely that a parliamentary majority would authorize judicial proceedings against its

Of greater relevance for the protection of the fundamental rights and principles enshrined in the Constitution<sup>11</sup> is the second mechanism of constitutional review existing in the Italian legal system – the so called '*giudizio in via incidentale*'.<sup>12</sup> When an ordinary judge, in the course of a civil, criminal or administrative proceeding shall apply a statute that is relevant in the case pending before her and when she (or the parties of the case) has a not-manifestly groundless claim that the measure is unconstitutional, the judge can refer a question to the Constitutional Court and stay the proceeding to wait for an answer. If the Court upholds the constitutionality of the statute, the proceeding can restart before the referring judge and she can regularly apply the statute in the case. If, instead, the Court declares the unconstitutionality of the statute, this is annulled with *erga omnes* effect and the judge can restart the proceedings without considering the contested measure.<sup>13</sup>

### 3. The Constitutional Court and legislation granting immunity to the Prime Minister

Prior to the decision under review, the Constitutional Court had already been called twice to rule on the constitutionality of statutory measures adopted by Parliament under the lead of the Berlusconi Government to ensure various forms of immunity to the Prime Minister. Indeed, after being successfully appointed *Presidente del Consiglio* in 2001 and again (after two years of centre-left Government lead by Mr. Romano Prodi) in 2008, Mr. Berlusconi was facing a series of troubling judicial proceedings. His Government and parliamentary majority then pressed forward a legislative agenda which largely aimed at ensuring him immunity from prosecution.<sup>14</sup> All the immunity laws adopted by Parliament, however, were referred to the *Corte Costituzionale* by the judges in charge of the criminal proceedings against Mr. Berlusconi (several criminal divisions of the Tribunal of Milan).

On 20 June 2003, Parliament enacted Act n° 140 of 2003 (usually referred to as the '*Lodo Schifani*') which suspended all criminal proceedings pending against the five high Officers of the state (i.e. the President of the Republic, the Presidents of the two Chambers of Parliament, the President of the Constitutional Court and the Prime Minister) for the period they hold office, with no distinction with regard to the nature of the alleged crime and the time when it had supposedly occurred. With its decision of 20 January 2004 – *sentenza n° 24/2004* – the Constitutional Court declared the statute unconstitutional, holding that it violated the principle of equality<sup>15</sup> as well as the right to access to court,<sup>16</sup> whose effectiveness was trumped by the impossibility to activate judicial proceedings

against the five high Officers and by the fact that the statute of limitations was not suspended during the time in which the Prime Minister was holding his office.

On 23 July 2008, however, Parliament enacted Act n° 124 of 2008 (usually called the '*Lodo Alfano*') which again was designed to ensure the suspension of the criminal proceedings against the Prime Minister (and the other four high Officers of the state) while also attempting to address the caveats of the Constitutional Court. Hence, *inter alia*, the Act provided that the statute of limitations would be suspended and that immunity could always be renounced. Nonetheless, with its decision of 7 October 2009 – *sentenza* n° 262/2009 – the Constitutional Court declared also this Act unconstitutional,<sup>17</sup> arguing that any legal measure ensuring special privileges for the Prime Minister had to be adopted through a constitutional bill rather than with an ordinary statute and that therefore there had been a violation of the procedural guarantees of the Italian Constitution.<sup>18</sup> Unhappy with the result, the Berlusconi Government pressed forward another legal measure.

#### 4. Act n° 51 of 2010: impossibility to attend one's own trial or immunity again?

The expressed purpose of Act n° 51 of 2010 was to discipline the way in which the Prime Minister and the other Ministers could invoke the so called '*legittimo impedimento*', i.e. assert a 'legitimate impossibility' excusing them from attending the hearings of the criminal trials in which they are summoned as accused persons, and to which they have a right to participate. The Italian Code of criminal procedure already disciplines – in a general statutory language, applicable to any accused person – the legal institute of the '*legittimo impedimento*'. According to Article 420 ter, if the judge presiding a criminal trial ascertains *in concreto* that the accused person has an absolute impossibility to attend the hearing scheduled on a specific date for reasons of 'fortuitous event, force majeure or other legitimate impossibility', she can postpone the hearing to a new day. By building on this legal framework, the Act n° 51 of 2010 introduced several *ad hoc* provisions specifically tailored for the members of the Government.

Firstly, Articles 1(1) and 1(2) of the Act, specified that the Prime Minister and the Ministers had a 'legitimate impossibility' which justified them from appearing in court if they were simultaneously involved in any activity that is 'co-essential to the governmental functions' (including all activities which are 'preparatory and consequential' to these). To this end Article 1(1) referred to several statutes and regulations, which detail the

own Government. After the corruption scandals that cracked the Italian political system in the early 1990s, however, a huge popular pressure emerged to repeal the system of quasi-immunity for members of Parliament (and, by reflex, of Government) and lead to the adoption of Constitutional Revision Bill n° 3 of October 29, 1993 amending Article 68, paragraph II, Const. It. The absence since 1993 of any constitutional shield against prosecution for parliamentarians and members of the executive, however, is at the roots of the complex tensions which have characterized the relationship between politics and the judiciary in Italy in the following decades culminating in the repeated attempts by the Berlusconi Government to introduce new forms of immunities for the members of the executive. For an assessment of this story cf. C. Guarnieri & P. Pederzoli, *The Power of Judges: A Comparative Study of Courts and Democracy*, Oxford: Oxford University Press 2002, ch. 3.

15 Cf. Article 3, Const. It. (providing that all citizens have equal social status and are equal before the law, without regard to their sex, race, language, religion, political opinions, and personal or social conditions and that it is the duty of the Republic to remove all economic and social obstacles that, by limiting the freedom and equality of citizens, prevent full individual development and the participation of all workers in the political, economic, and social organization of the country).

16 Cf. Article 24, Const. It. (providing that everyone may bring cases before a court of law in order to protect their rights under civil and administrative law and that the right of defence is an inviolable right at every stage and instance of legal proceedings).

17 For a short comment to the decision cf. G. Martinico, 'The Berlusconi Judgment: A Brief

Case Note on the Decision of the Italian Constitutional Court (262/2009)', *European Public Law* 2010, p. 231.

18 Cf. Article 138, Const. It. (providing a cumbersome procedure for the adoption of laws amending or integrating the Constitution requiring these bills to be voted twice by each Chamber of Parliament, with a cooling off period of 3 month between each vote and with an absolute majority of parliamentarians in the second vote and introducing the possibility of a popular referendum to confirm or reject the constitutional revision).

19 In particular, Article 1(1) of Act n° 51 of 2010 made reference to Act n° 400 of August 23, 2008 (providing the framework of the activities that the Prime Minister should carry out in the exercise of his functions, such as e.g. the chairing of the Cabinet, the coordination of the activities of the Ministers and the presentation before the Chambers of Parliament of the bills proposed by the Government) and to the internal Regulation of the Council of Ministers adopted with as a Decree of the Prime Minister on November 10, 1993 (providing for the detail regulation of the functions of the Prime Minister as the Chair of the Council of Ministers).

20 Cf. referral order of the X criminal division of the Tribunal of Milan of April 16, 2010; referral order of the I criminal division of the Tribunal of Milan of April 19, 2010; referral order of the Judge for the preliminary investigations of the Tribunal of Milan of June, 24, 2010.

21 *Sentenza n° 23/2011, cons. dir.* (All translations of the decision reported hereinafter are mine).

22 *Id.*, § 4.2.

23 *Id.*, § 4.2.

24 In Italian legal scholarship this kind of decisions is called '*sentenza interpretativa di rigetto*': the Court upholds the constitutionality of a provision (thus rejecting the

activities proper of the Government.<sup>19</sup> Secondly, Article 1(3) provided that, upon request of the accused person and when the conditions set in the previous paragraphs occurred, the judge presiding the criminal trial had to 'postpone the hearing to a new day'. Thirdly, Article 1(4) introduced the possibility for the Office of the Prime Minister to certify that the Prime Minister himself had a 'continuous impossibility, due to the exercise of his functions, of attending his own trial' for up to a maximum of 6 months.

The Act n° 51 of 2010 therefore raised the question whether its true rationale was to discipline the application of the '*legittimo impedimento*' to the Chief executive or rather to ensure for him, again, a form of immunity conflicting with the precedents of the Constitutional Court. Article 1(5), indeed, included a warrantee that the invocation of a legitimate impossibility to attend one's own trial by the members of the Government would suspend the statute of limitations. Article 2, however, introduced a sunset clause, providing that the Act (which was made applicable to the pending cases by Article 1(6)) would expire after a maximum period of 18 months, within which Parliament would adopt a constitutional bill establishing the organic regulation of the constitutional prerogatives of the Prime Minister. Hence, in the Government's intention, Act n° 51 of 2010 had the goal of delaying judicial proceedings for a time span that was considered sufficient to enact the bill complying with the requirements set by the Constitutional Court in its *sentenza* n° 262/2009. Less than 2 weeks after its enactment, Act n° 51 of 2010 was challenged before the Constitutional Court.

## 5. The decision of the Constitutional Court (part I)

The judges referring the question to the Constitutional Court – i.e. the judges of the I and X criminal division of the Tribunal of Milan and the judge for the preliminary investigations of the same Tribunal – alleged that the entire Act n° 51 of 2010 introduced a special prerogative for the members of the Government with an ordinary law in violation of Articles 3 and 138 of the Constitution as interpreted by the *sentenza* n° 262/2009 of the Constitutional Court.<sup>20</sup> The Government, as well as the Prime Minister in his individual capacity as party in the case *a quo*, intervened before the Constitutional Court and asked for the rejection of the constitutional complaint. The Court delivered a compound decision, declaring inadmissible the challenges against Articles 1(2), 1(5), 1(6) and 2 of Act n° 51 of 2010, upholding Article 1(1) under a corrective construction of it and declaring the unconstitutionality *tout court* of Article 1(4) as well as the



partial unconstitutionality of Art. 1(3), to the extent to which the provision lacked a key element.<sup>21</sup>

The Court declared the challenges against several provision of Act n° 51 of 2010 inadmissible for lack of relevance. It then recapitulated its case law on the immunity for the high Officers of the state and framed the test to review the lawfulness of the other contested provisions of the statute, clarifying that it was necessary to 'ascertain whether the Act, its temporary nature notwithstanding, represents a derogation from the ordinary procedural regime set up by Article 420 ter of the Code of criminal procedure'.<sup>22</sup> Since, indeed, the precedents of the Court made clear that no special prerogative could be introduced for the Chief executive with a simple ordinary law, the Court stated that 'the challenged Act will be considered unconstitutional [for violating Articles 3 and 138 of the Constitution] if, and to the extent to which, it alters the essential features of [Article 420 ter]'<sup>23</sup>, including the powers that this provision grants to the judiciary to evaluate, *in concreto*, the legitimate impossibility of an accused person to attend his own trial.

On the basis of this test, the Court upheld the constitutionality of Article 1(1) of Act n° 51 of 2010 with a sort of *réserve d'interprétation*.<sup>24</sup> The Court, in fact, affirmed that the contested provision had to be interpreted in conformity with Article 420 ter of the Code of criminal procedure so that its meaning was just clarifying what ought be considered a 'governmental function' producing a 'legitimate impossibility' for the Prime Minister to attend his trial. For the Court the provision allowed the judge to reject the assertion of a 'legitimate impossibility' by the Prime Minister when his political commitments were not linked with the essential governmental function specified in the Act;<sup>25</sup> and, on the other hand, it formalized the typical tasks of members of the executive so that the judiciary could not contest them *in abstracto* when invoked by the Prime Minister and his peers.

## 6. The decision of the Constitutional Court (part II)

The Constitutional Court, however, declared unconstitutional Article 1(3) of the Act since it failed to provide a crucial element, which was thus 'added' by the Court itself.<sup>26</sup> The Court accepted the position defended by the Government that the provision still allowed the judge to ascertain whether both the 'legitimate impossibility' for the Prime Minister to attend his own trial existed *de facto* and the impossibility could be linked to the exercise of an essential governmental function. However, the Court emphasized how the general discipline of Article 420 ter of the Code of criminal procedure granted to the trial judge an additional power that was

constitutional challenge) as long as the provision is *interpreted* in conformity with the Constitution: the Court offers a construction of the provision that is compatible with the Constitution and that ordinary courts are encouraged to follow. Cf. Groppi 2008, p. 107.

<sup>25</sup> Cf. note 19.

<sup>26</sup> In Italian legal scholarship this kind of decision is called '*sentenza additiva*': The Court declares a provision unconstitutional to the extent to which it lacks an element which is essential for it to survive scrutiny and at the same time it clearly specifies what the missing part of the provision is. As a consequence, the provision can still be applied by ordinary judges, but only with the *addition* introduced by the Court to make it constitutional. To a certain extent, with this kind of judgment the Constitutional Court 'wears the dress' of the legislature, inserting new rules in the legal system which can not be found in the statutory text. Cf. Groppi 2008, p. 108.

<sup>27</sup> *Sentenza n° 23/2011, cons. dir.*, § 5.2.

<sup>28</sup> Cf. text accompanying notes 22 and 23.

<sup>29</sup> Cf. *infra* next paragraph.

<sup>30</sup> *Sentenza n° 23/2011, cons. dir.*, § 5.2.

<sup>31</sup> In Italian legal scholarship this kind of decision is called '*sentenza di accoglimento semplice*': The Court *tout court* declares the unconstitutionality of a provision (thus *accepting* the constitutional challenge) with the consequence that the provision *simply* can not be applied any more by ordinary judges – being erased with *erga omnes* effects from the legal system. Cf. Groppi (supra note 7), 103.

<sup>32</sup> *Sentenza n° 23/2011, cons. dir.*, § 5.3.

<sup>33</sup> Cf. among others, the decisions that the Constitutional Courts has rendered in the field of conflict of allocation of powers between branches of government: *sentenza n° 225/2001*



instead missing in Article 1(3) of Act n° 51 of 2010, namely ‘the power to evaluate, case by case, if the specific commitment invoked by the Prime Minister, while fitting *in abstracto* within the list of activities which are essential to the governmental functions [recalled in Article 1(1)], makes it absolutely impossible for him *in concreto* to attend the hearings of the trial.’<sup>27</sup>

According to the Court, Article 1(3) of the Act introduced a privileged regime for the Prime Minister which was unconstitutional (on the basis of the test the Court had framed above)<sup>28</sup> to the extent to which it derogated from the procedure set up by Article 420 ter of the Code of criminal procedure. With its decision, thus, the Court re-introduced the missing element, empowering the judiciary once again to evaluate *in concreto* the nature of the impossibility to attend one’s own trial alleged by the Prime Minister. The Court clarified that granting this role to the judiciary would not infringe the principle of separation of powers. Indeed, judges exercising the powers already granted to them by the Code of criminal procedure would remain within the framework of the judicial function. Moreover, judges had – in compliance with the principle of loyal cooperation<sup>29</sup> – a ‘duty to minimize’<sup>30</sup> the potential harm that the scheduling of criminal hearings could create on the Chief executive.

Finally, the Constitutional Court also declared *tout court* unconstitutional Article 1(4) of Act n° 51 of 2010.<sup>31</sup> The contested provision allowed the Office of the Prime Minister to certify that the *Presidente del Consiglio* had, because of his activities as Chief executive, a continuous, general impossibility to attend his own trial for up to 6 months. This clearly derogated from the regime of Article 420 ter of the Code of criminal procedure, which only provides for specific, punctual impossibilities to appear in a given hearing before a judge. In addition, the certification of ‘continuous impossibility’ by the Office of the Prime Minister produced an automatic effect that could not be subject to any judicial review. As such, it was straightforward for the Court to conclude that Article 1(4) of Act n° 51 of 2010 ‘produced effects equivalent to a temporary suspension of the criminal trial’<sup>32</sup> and was hence unconstitutional in light of the precedents of the Court.

## 7. The ‘duty of loyal cooperation’ between the Prime Minister and the judiciary

The centrepiece of the decision of the Constitutional Court – and the legal rationale that inspires the entire ruling – is represented by the principle or duty of ‘loyal cooperation’. This principle, which is not textually codified in the Italian Constitution but which the Court has incrementally

(holding that the judiciary had violated the constitutional prerogatives of a parliamentarian in refusing to postpone the hearing of a criminal trial when the accused person had a simultaneous duty to be present in Parliament to vote); *sentenza* n° 200/2006 (holding that the Ministry of Justice had violated the constitutional prerogatives of the President of the Republic in refusing to give execution to a decision of the President to grant a pardon); *sentenza* n° 1150/1988 (holding that the judiciary can raise a conflict of allocation of powers whenever it claims that Parliament has inappropriately invoked the constitutional provision stating that parliamentarians can not be called to answer for the opinion expressed in the exercise of their office).

<sup>34</sup> *Ceteris paribus*, the duty of loyal cooperation which should guide the relationship between the various branches of the state government presents similarities with the principle of loyalty which inspires the relationship between central and constituent units in many federal countries, notably Germany: cf. D. Halberstam, ‘Of Power and Responsibility: The Political Morality of Federal Systems’, *Virginia Law Review* 2004, p. 732.

identified as a core feature of the Italian constitutional arrangement,<sup>33</sup> requires the various branches of government to behave loyally and respectfully *vis-à-vis* each other.<sup>34</sup> In the case at hand, in particular, the principle has a 'bidirectional character':<sup>35</sup> it demands that the Chief executive accepts the functions of the judiciary (to prosecute crimes and adjudicate trials) and abides by it; and, at the same time, that the judiciary acknowledges the function of the members of the Government (to govern) and minimizes the hurdles that trials may produce on them.

In the view of the Court, in other words, it is fair to assume that members of the Government may have peculiar reasons connected to their functions that might legitimately impede them from attending their own trials. Nonetheless, the institutional commitments of the members of the executive branch cannot become an automatic excuse to avoid taking part in the criminal trials pending against them. Rather, the principle of loyal cooperation requires 'procedural solutions by which the executive and the judiciary can coordinate their working days. On the one hand, judges should set the dates for the hearings of the trial taking into account the commitments that the Prime Minister has in the exercise of the essential governmental function that can absolutely not be postponed. On the other hand, the Prime Minister shall organize his activities by taking into account the interest of a speedy trial, in the respect for the judicial function'<sup>36</sup>.

In light of the principle of loyal cooperation, a provision that deprives the judiciary of the power to ascertain *in concreto* the 'legitimate impossibility' of the Prime Minister to attend his own trial or that allows the Prime Minister to self-certify his impossibility to appear in court for up to six months is unconstitutional since it fails to appropriately balance the legitimate concerns of the judiciary to administer justice. At the same time, judges should exercise their power with due consideration for the responsibilities that the Prime Minister has in his capacities as Chief executive. Hence, if the judiciary exercises its power 'badly'<sup>37</sup>, i.e. inappropriately, the Prime Minister can always start proceedings before the Constitutional Court through the instrument of the conflict of allocation of powers, which allows each branch of government to vindicate the institutional function that the Constitution assigns to it.<sup>38</sup>

## 8. The political reactions to the decision of the Court and democracy in Italy: concluding remarks

With its attention for the institutional dynamics and with its emphasis on the duty of loyal cooperation, the decision of the Constitutional Court represents a remarkable attempt to establish a workable balance between the political and the judicial branches of government in Italy, whose

35 *Sentenza n° 23/2011, cons. dir.*, § 5.2.

36 *Id.*, § 5.2.

37 *Id.*, § 5.2.

38 Cf. text accompanying notes 5 and 6.

39 The balanced nature of the decision proposed by the *juge rapporteur* was able to generate a widespread consensus among the justices of the Constitutional Court. In a declaration to the press on 13 January 2011 the President of the Constitutional Court, Justice Ugo De Siervo, expressed his great satisfaction for the fact that the decision of the Court was reached with a 'wide majority'. Cf. D. Stasio, "'Scudo' bocciato in parte', *Il Sole 24 Ore*, 14 January 2011, p. 7. However, since the deliberations of the Constitutional Court are secret and concurring or dissenting opinions are not allowed, there is no official report on how many judges out of 15 effectively voted in favour of the decision.

40 Cf. E. Povoledo & G. Pianigiani, 'Automatic Immunity for Berlusconi Revoked', *The New York Times*, 14 January 2011, p. A11 New York edition.

41 On the problem of the conflict of interest in Italy cf. G. Guzzetta, 'Legal Standards and Ethical Norms: Defining the Limits of Conflict Regulations', C. Trost & A. Gash (eds.), *Conflict of Interest and Public Life: Cross-National Perspectives*, Cambridge: Cambridge University Press 2008, p. 21.

42 Opinion of AG Maduro, Case C-380/05, *Centro Europa 7 v. Ministero delle Comunicazioni* [2007], § 39 quoting P. Pettit, *Republicanism. A Theory of Freedom and Government*, Oxford: Oxford University Press 1997.

43 The Opinion of AG Maduro was largely followed by the EU Court of Justice, Case C- 380/05, *Centro Europa 7 v. Ministero delle Comunicazioni* [2008] ECR I-349 (concluding that EU law precludes in TV broadcasting matters, national legislation, like the Italian one, the application of which makes it impossible for an operator holding rights to broadcast in the absence of broadcasting radio frequencies granted on the basis of objective, transparent, non-discriminatory and proportionate criteria).

44 Cf. among others the decisions that the Constitutional Court has rendered in a time span of almost 25 years concerning the need for pluralism of the TV broadcasting sector: *sentenza n° 826/1988* (holding that monopolies in the TV broadcasting sector are admissible only on a provisional basis and calling the legislature to immediately enact a legal framework to ensure pluralism in the media); *sentenza n° 420/1994* (holding the legislative framework for the TV broadcasting sector violated anti-trust provisions and the principle of pluralism in the media and calling the legislature to promptly enact a bill compatible with the Constitution); *sentenza n° 466/2002* (holding the legislative framework for the TV broadcasting sector unconstitutional to the extent to which it did not provide a deadline within which concentration exceeding the anti-trust rules had to be broken and calling the legislature to enact legislation which would ensure pluralism in the media).

45 *Ceteris paribus* cf. Article IV, sec. 4, US Const. which affirms that 'the United States shall guarantee to every State in this Union a Republican Form of Government.'

wisdom should be praised.<sup>39</sup> A number of doubts, nevertheless, may be raised as to whether the approach commended by the Court has a real chance to succeed in contemporary Italy. The political reactions to the decision of the Court, indeed, shade doubts as to whether Prime Minister Berlusconi has any intention to 'loyally cooperate' with the judicial power, and although no brutal attack by the Government has this time taken place against the Constitutional Court (as had happened, instead, after the *sentenza n° 262/2009*), the immediate aftermath of the decision has shown no change in the aggressive attitude of the political majority *vis-à-vis* the judiciary.<sup>40</sup>

Since the fall of 2010, Prime Minister Berlusconi no longer enjoys a strong, let alone a certain, parliamentary majority as a number of parliamentarians headed by the current President of the House of Deputies Gianfranco Fini, have decided to leave Mr. Berlusconi's party and to create a new parliamentary group. Nevertheless, the prospects for general elections in 2011 are unclear and it is hardly certain that new elections would decree the end of Mr. Berlusconi's era. The political opposition is weak and fragmented and still lacks a leader who can compete with him. In addition, the Prime Minister currently holds the largest share of the media system and his conflict of interests represents a significant challenge to the possibility of a fair electoral competition: unbalanced control of newspapers and TV broadcasting channels obviously produces at best inadequate, and at worst false, information that distorts the democratic process.<sup>41</sup>

The insufficient pluralism of the Italian media system has come under increased scrutiny by the EU institutions. Recently, the Advocate General of the EU Court of Justice has remarked how 'the part played by the media as editors of the public sphere is vital to the promotion and protection of an open and inclusive society in which different ideas of the common good are presented and discussed',<sup>42</sup> and found that the Italian laws regulating licensing for TV broadcasting were in breach of EU rules, including the principle of pluralism in the media.<sup>43</sup> The Constitutional Court as well has made clear on numerous occasions how pluralism and freedom of information are essential for a democratic society: its pronouncements, nevertheless, have so far largely remained unheard.<sup>44</sup> One may only hope that the EU may be more effective in pushing for domestic change and preserving the conditions for national democracy.<sup>45</sup>

Tom Bingham

# The Rule of Law

London: Allen Lane / Penguin Group 2010, 222p., ISBN 978-1-846-14090-7

F.J. VAN OMMEREN\*

## 1. Bingham en de rule of law

Slechts enige maanden voor zijn overlijden verscheen van de hand van Tom Bingham het boek *'The Rule of Law'*. Voor wie niet met Bingham vertrouwd is: the Rt Hon Lord Bingham of Cornhill, een beroemdheid in de Angelsaksische juridische wereld, is de eerste, en tot nu toe de enige, rechter die achter elkaar de drie belangrijkste functies vervulde van de Britse rechterlijke macht: hij was achtereenvolgens *Master of the Rolls* (president van de Civil Division van het Court of Appeal), *Lord Chief Justice of England and Wales* (hoofd van de rechterlijke macht) en *Senior Law Lord of the United Kingdom* (de hoogste rechter in het House of Lords).

Bingham heeft de betekenis van de *rule of law*, waar hij maar kon, met verve uitgedragen, zowel binnen als buiten de rechterlijke macht. Het prestigieuze *'British Institute of International and Comparative Law'* was daarom al enige tijd geleden begonnen aan het proces van oprichting *'in his honour'* van *The Bingham Centre for the Rule of Law*. Dat centrum is zeer onlangs, op 6 december 2010, officieel van start gegaan.<sup>1</sup> Bingham zelf heeft de opening niet meer mogen meemaken.

Gelukkig heeft Bingham ons wel zijn visie op de *rule of law* nagelaten met dit beknopte en kraakheldere boek, dat uitdrukkelijk (p. viii) niet alleen voor juristen is bestemd maar voor een breed publiek dat in de *rule of law* geïnteresseerd is. De kern van zijn opvattingen had Bingham enkele jaren geleden al aan het papier toevertrouwd in een gelijknamig artikel, waarvan dit boek een uitvoerige bewerking en uitbreiding vormt.<sup>2</sup> Cees van Dam schreef een mooi, persoonlijk getint *in memoriam* in het Nederlands Juristenblad, waarin hij niet alleen Bingham afschildert als een expert van wereldfaam in het aansprakelijkheidsrecht, maar ook dit boek – volkomen terecht – aanduidt als 'Lord Bingham's juridische testament'.<sup>3</sup>

boeken

\* Prof. mr. F.J. van Ommeren is hoogleraar staats- en bestuursrecht, in het bijzonder publiek-private rechtsbetrekkingen, aan de VU te Amsterdam.

<sup>1</sup> Zie voor meer informatie over dit centrum: <http://www.biccl.org/inghamcentre>.

<sup>2</sup> Lord Bingham, 'The rule of law', *Cambridge Law Journal* 2007, p. 67 e.v.

<sup>3</sup> C. van Dam, 'Lord Bingham of Cornhill (1933-2010)', *NJB* 2010, p. 2701-2702. Zie ook J. Uzman, 'Lord Bingham of Cornhill, A Judge for All Seasons', *AA* 2010, p. 819-824.

## 2. Rule of law en rechtsstaatsbeginsel

Het onderwerp van dit boek behoeft in dit tijdschrift uiteraard weinig introductie. In het recht van het Verenigd Koninkrijk vormt de *rule of law* één van de constitutionele pijlers. De andere belangrijke pijler is de *sovereignty of Parliament*. Het hoeft dan ook niet te verwonderen dat Bingham zijn boek afsluit met een hoofdstuk over de verhouding tussen deze twee pijlers; ik kom daar aan het slot van deze bespreking nog even op terug. De idee van de machtscheiding wordt wel als derde pijler van de ongeschreven constitutie aangemerkt, maar deze wordt in het Britse recht van oudsher van minder grote betekenis geacht.

De *rule of law* maakt binnen het Verenigd Koninkrijk deel uit van de ongeschreven constitutie. Het ongeschreven karakter is in zoverre veranderd dat in de *Constitutional Reform Act 2005* uitdrukkelijk naar de *rule of law* wordt verwezen. Het is deze wet op grond waarvan het Verenigd Koninkrijk tamelijk recent (op 1 oktober 2009) een *Supreme Court* heeft gekregen en de rechtsprekende functie van het *House of Lords* is opgeheven. Daardoor heeft overigens ook de derde constitutionele pijler iets uitdrukkelijker gestalte gekregen.

Bingham omschrijft de kern van het principe van de *rule of law* als volgt (p. 8, p. 37):

‘(...) that all persons and authorities within the state, whether public or private, should be bound by and entitled to the benefit of laws publicly made, taking effect (generally) in the future and publicly administered in the courts’.

Met deze omschrijving is Bingham, ook naar eigen zeggen (p. 8), met name schatplichtig aan de zeer invloedrijke negentiende-eeuwse staatsrechtgeleerde Dicey, waarnaar de Britse staatsrechtelijke handboeken stevast verwijzen. Dicey gaf reeds in 1885 een omschrijving van de *rule of law*, en van hem wordt zelfs wel gezegd dat hij degene is die de uitdrukking ‘*rule of law*’ heeft gemunt. Toch is het boek ver verwijderd van het denken van Dicey. De *rule of law* is – net als het rechtsstaatsbeginsel – een dynamisch rechtsbeginsel dat zich in de loop der tijden steeds heeft ontwikkeld.

Bingham merkt terecht op dat het principe van de *rule of law*, hoewel het evident gaat om een Engelstalige uitdrukking, ook van betekenis is voor landen met een continentaal rechtstelsel, waarbij hij als voorbeeld ook Nederland noemt. Daarbij trekt hij de grenzen van de *rule of law* niet al te nauw: ‘In Germany, for instance, reference is made to the *Rechtsstaat*, in France to the *État de droit* (...)’ (p. 7).

Zonder twijfel zijn er inderdaad belangrijke punten waarop ons rechtsstaatsbeginsel en de *rule of law* overeenstemmen. Ook het rechtsstaatsbeginsel houdt in essentie in dat een ieder – zowel de overheid als de burger – gebonden is aan het recht. Dat recht dient vooraf te zijn bekendgemaakt, in beginsel geen terugwerkende kracht te hebben, en in openbare zittingen door een onafhankelijke en onpartijdige rechter te worden toegepast. De uitdrukkingen ‘*rule of law*’ en ‘rechtsstaat’ worden in de verschillende vertalingen van art. 2 van het Verdrag betreffende de Europese Unie zelfs als synoniemen gehanteerd.

Toch is de gelijkstelling van het principe van de *rule of law* met het rechtsstaatsbeginsel niet helemaal correct. Er is namelijk een cruciaal verschil, dat wordt veroorzaakt doordat deze beginselen in verschillende (constitutionele) tradities wortelen. Op dit verschil is onder anderen door Walter van Gerven scherp gewezen in zijn bijdrage voor het *liber amicorum* voor Tom Bingham:<sup>4</sup>

‘As far as I know (far enough, I hope), in the UK the principle of *rule of law* has never been linked to the idea of state, but rather has been seen as one of the three overarching principles of British constitutionalism (...)’.

Ons rechtsstaatsbeginsel is juist wel nauw verbonden met de idee van de *staat*. Wezenlijk verschil tussen een rechtsstaat en andere soorten staten, zoals een politiestaat of een totalitaire staat, is dat in een rechtsstaat óók de staat niet boven het recht is gesteld, maar daaraan is onderworpen. Daarbij is reeds *voorondersteld* dat de burger sowieso onder de werking van de rechtsregels valt, vandaar het woordje ‘óók’ in de vorige zin. Het is de staat die nog onder de werking van het recht moet worden gebracht. De idee van de rechtsstaat is er primair op gericht te voorkomen dat de staat zich ontpopt tot een ‘gewelddadig monster’, dat met willekeur jegens zijn burgers optreedt.

Door alle nadruk op de staat of de overheid worden deze begrippen in het rechtsstatelijk denken conceptueel scherp onderscheiden van de inzittenden, van de burgers, of, in meer ouderwetse termen gezegd, van de onderdanen. Een dergelijk scherp onderscheid wordt in het Engelse recht veel minder uitdrukkelijk gemaakt. Sterker nog, de *rule of law* wordt van oudsher nu juist *tegen* een wezenlijk onderscheid tussen overheid en burger in stelling gebracht.

Het Engelse recht kent dan ook traditioneel geen onderscheid tussen publiek- en privaatrecht. De klassieke gedachte is juist dat de *rule of law* (mede) tot uitdrukking brengt dat *een ieder* voor het recht gelijk is. Wanneer we onder ‘een ieder’ ook de staat of de overheid begrijpen, dan wordt aanstonds duidelijk dat zo beschouwd van een

4 W. van Gerven, ‘Scandals, Political Accountability and the rule of Law. Counting Heads?’, in: M. Andenas en D. Fairgrieve (eds.), *Tom Bingham and the Transformation of the Law*, Oxford University Press 2009, p. 95.

fundamenteel onderscheid tussen overheid en burger geen sprake kan zijn. De al genoemde staatsrechtgeleerde Dicey vreesde dat, als er voor de overheid een apart rechtsgebied zou gelden – met eigen (publiekrechtelijke) normen en maatstaven en wellicht ook een eigen rechter (een bestuursrechter zouden wij nu zeggen) – de overheid zou worden bevoordeeld en aan minder strenge normen zou worden onderworpen. De hardnekkigheid waarmee deze opvatting in het Engelse recht heeft postgevat, kan moeilijk worden onderschat. Hoewel er sinds zo'n 25 jaar in het Engelse recht geleidelijk aan zich wel een soort van onderscheid tussen publiek- en privaatrecht aan het ontwikkelen is, bestaat hiertegen veel weerstand. Deze weerstand is voor een belangrijk deel terug te voeren op de *rule of law*, die in de weg staat aan een aparte juridische positie van de staat of de overheid.<sup>5</sup>

Al met al wortelt de *rule of law* in een *common law*-traditie die wezenlijk verschilt van de onze en waarin de afwezigheid van een fundamenteel onderscheid tussen overheid en burger traditioneel een van de meest opvallende kenmerken vormt. Die afwezigheid verklaart mede waarom de *rule of law* wordt beschouwd als een beginsel dat het *gehele* recht bestrijkt, terwijl het rechtsstaatsbeginsel bij ons doorgaans wordt opgevat als een typisch *publiekrechtelijk* beginsel.

### 3. Uitwerking in acht rechtsbeginselen

Bingham licht het principe van de *rule of law* toe aan de hand van acht beginselen. Zij moeten volgens Bingham worden beschouwd als de 'ingrediënten' van de *rule of law* (p. 37). Hun functie is de betekenis en de implicaties van de *rule of law* voor het voetlicht te brengen.

Ondanks de verschillende historische en fenomenologische wortels valt het op hoezeer de uitwerking die Bingham geeft aan de *rule of law* in principe ook van toepassing is op ons rechtssysteem. Bingham voegt aan zijn algemene omschrijving van de *rule of law* onmiddellijk toe dat zij niet alomvattend is en dat zij niet universeel toepasbaar is zonder nadere uitzonderingen of kwalificaties te maken (p. 8), hetgeen in het bijzonder ook blijkt uit de bespreking van de acht nadere beginselen. Hij wijdt aan ieder beginsel een kort hoofdstuk.

Bingham identificeert de volgende beginselen:

1. The law must be accessible and so far as possible intelligible, clear and predictable.
2. Questions of legal right and liability should ordinarily be resolved by application of the law and not the exercise of discretion.
3. The laws of the land should apply equally to all, save to the extent that objective differences justify differentiation.

5 Zie G.T.J.M. Jurgens en F.J. van Ommeren, *De opmars van het onderscheid tussen publiekrecht en privaatrecht in het Engelse recht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009, p. 10, 11.

4. Ministers and public officers at all levels must exercise the powers conferred on them in good faith, for the purpose of which the powers were conferred, without exceeding the limits of such powers and not unreasonably.
5. The law must afford adequate protection of fundamental human rights.
6. Means must be provided for resolving, without prohibitive cost or inordinate delay, bona fide civil disputes which the parties themselves are unable to resolve.
7. Adjudicative procedures provided by the state should be fair.
8. The rule of law requires compliance by the state with its obligations in international law as in national law.

Hoe hij precies aan deze acht beginselen komt en waarom hij bij wijze van spreken niet voor een beginsel meer of minder kiest, wordt overigens niet erg helder. Evenmin legt hij uit hoe de beginselen zich tot elkaar en tot de *rule of law* verhouden. Wellicht legt hij dit niet uit omdat de doelgroep van dit boek – het is zoals gezegd geschreven voor een ruim publiek – hierin waarschijnlijk weinig geïnteresseerd is. Ik vermoed echter dat ook de auteur zelf voor de methodologische kant minder belangstelling had: hij was rechter en geen wetenschapper.

De techniek van het onderverdelen van een of meer grondbeginselen in (nadere) beginselen of elementen wordt ook bij ons – in het bijzonder ten aanzien van de rechtsstaatidee of het rechtsstaatsbeginsel – regelmatig toegepast.<sup>6</sup> Verschillende staatsrechtelijke handboeken doen dat,<sup>7</sup> maar er zijn veel meer voorbeelden te geven.<sup>8</sup> Soms wordt in onze literatuur wél uitgelegd hoe de verhouding tussen grondbeginselen en nadere beginselen moet worden gezien.<sup>9</sup> Zo is het legaliteitsbeginsel te beschouwen als een instrument (zo men wil: *nader* beginsel) dat gericht is op het leveren van een bijdrage aan de rechtsstatelijke waarden (grondbeginselen) van vrijheid, rechtsgelijkheid en rechtszekerheid. Het inzicht in die verhouding is belangrijk omdat anders niet goed valt in te zien dat die waarden ook met andere middelen dan het legaliteitsbeginsel zijn te bereiken. Bingham raakt hier wel aan, maar dringt hier niet tot de kern door. Het gelijkheidsbeginsel is terug te vinden in het door Bingham als derde genoemde nadere beginsel en ons legaliteitsbeginsel is te onderkennen in het als vierde genoemde beginsel, betreffende de machtsuitoefening door de executieve.<sup>10</sup> Bingham vestigt er terecht de aandacht op dat velen dit vierde beginsel beschouwen als de harde kern van het beginsel van de *rule of law* (p. 60). Maar de onderlinge verhouding tussen deze twee beginselen komt in zijn boek niet goed tot uitdrukking. Ik vind dat een gemis, maar heb er zeker wel begrip voor: men kan nu eenmaal niet alles in zo weinig pagina's!

6 Zie meer uitvoerig over deze techniek en de wijze waarop die ten onzent wordt toegepast: F.J. van Ommeren, 'De rechtsstaat als toetsingskader', in: F.J. van Ommeren en S.E. Zijlstra (red.), *De rechtsstaat als toetsingskader*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003, p. 12 e.v.

7 O.a. C.A.J.M. Kortmann, *Constitutioneel recht*, Deventer: Kluwer 2008, p. 326 e.v.; M.C. Burkens e.a. *Beginselen van de democratische rechtsstaat*, Deventer: Kluwer 2006, p. 16.

8 Van Wijk / Konijnenbelt, *Hoofdstukken van bestuursrecht*, Den Haag: Elsevier 2008, p. 35.

9 Bijv. M. Scheltema, 'De rechtsstaat', in: J.W.M. Engels e.a. (red.), *De rechtsstaat herdacht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1989, 11 e.v. en R.J.N. Schlössels en S.E. Zijlstra, *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat*, Deventer: Kluwer 2010, p. 25 e.v.

10 Althans tot op zekere hoogte; de invulling van het legaliteitsbeginsel in het recht van Engeland en Wales is wat anders dan bij ons, maar het voert te ver en is ook niet nodig daarop in te gaan.



#### 4. Ook een materiële uitwerking van de rule of law

In de Britse (staatsrechtelijke) literatuur wordt frequent gewezen op het standpunt van Joseph Raz dat recht en moraal conceptueel strikt moeten worden gescheiden.<sup>11</sup> Een niet-democratisch rechtssysteem dat de mensenrechten niet in acht neemt, kan in de ogen van Raz in principe volledig voldoen aan de eisen van de *rule of law*. Volgens Raz moet de *rule of law* dan ook niet worden verward met zaken als democratie, rechtvaardigheid, gelijkheid, de bescherming van mensenrechten, enz.<sup>12</sup> Bingham noemt dit een opvatting die gebaseerd is op een 'enge' definitie (letterlijk: 'thin' definition) van de *rule of law*. Dit standpunt is in de (staatsrechtelijke) literatuur op verschillende plaatsen bestreden.<sup>13</sup> Bingham schaaft zich met dit boek uitdrukkelijk in het kamp van degenen die Raz's opvatting verwerpen (p. 67). Bingham bepleit daarentegen een 'ruime' definitie (een 'thick' definition), die uitdrukkelijk de bescherming van mensenrechten binnen de reikwijdte van de *rule of law* brengt. Hij bespreekt in het hoofdstuk over de *human rights* een aantal fundamentele rechten uit het EVRM. Deze ruime benadering behoeft in zoverre niet te verwonderen dat Bingham zich – zowel als rechter als in zijn *extra-judicial* geschriften – heeft doen kennen als een voorvechter van de mensenrechten, iets wat in de conservatieve Britse rechterlijke macht zeker geen vanzelfsprekendheid is.

In het slothoofdstuk van zijn boek stelt Bingham, als gezegd, de verhouding tussen de *rule of law* en de *sovereignty of Parliament* aan de orde. Van oudsher geldt de *sovereignty of Parliament* in het Verenigd Koninkrijk als van hogere rangorde dan de *rule of law*, maar de vraag is in hoeverre dat tegenwoordig nog steeds het geval is. Het past bij Bingham's voorkeur voor een *thick definition* van de *rule of law* dat hij het standpunt huldigt dat de *rule of law* niet verwerkelijk kan worden zonder democratie. Hij werpt in het bijzonder de vraag op of de idee van de *sovereignty of Parliament* niet zou moeten worden vervangen door een '*codified and entrenched Constitution*'; het is een discussie die veel reminiscenties heeft met ons debat over de onschendbaarheid van de wet en het daarmee samenhangende toetsingsverbod.

Ook in ons staatsrecht wordt aandacht besteed aan de verhouding tussen rechtsstaat en democratie. In Van der Pot wijst Donner op wat we de formele kant van het rechtsstaatsbeginsel kunnen noemen:

'Zij [hij spreekt van de 'rechtsstaatsidee'; FvO] richt zich te eenzijdig op het institutionele en juridische, vraagt vooral hoe de staat behoort te zijn ingericht, maar te weinig wat de overheid behoort te doen. (...) Deze idee moet zich, om als staatsidee te kunnen fungeren en een bindende, legitimerende werking te kunnen uitoefenen met andere ideeën verbinden.'<sup>14</sup>

11 O.a. H. Barnett, *Constitutional & Administrative Law*, Abingdon: Routledge-Cavendish 2006, p. 75 en Bingham 2007, p. 66.

12 J. Raz, 'The Rule of Law and its Virtue', in: *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*, Oxford; Oxford University Press 1979, p. 211.

13 Men zie voor een overzicht van dit debat, waarin ook een middenweg is beproefd: P.P. Craig, 'Formal and substantive conceptions of the rule of law: an analytical framework', *Public Law* 1997, p. 467-487 en beknopt, P. Craig, *Administrative Law*, London: Sweet & Maxwell 2008, p. 22-24. Ook de hiervoor al genoemde Dicey wordt wel tot het formele kamp gerekend, hoewel Bingham 2007, p. 66 betwijfelt of dat geheel terecht is.

14 Van der Pot, *Handboek van het Nederlandse Staatsrecht*, Deventer: Kluwer 2006, p. 177.

Donner zegt het wellicht op een weinig toegankelijke manier, maar het komt erop neer dat in zijn ogen de rechtsstaatidee een formeel beginsel is dat met rechtvaardigheidsnoties of materiële beginselen moet worden ingevuld. Donner noemt voor die invulling in het bijzonder het democratiebeginsel, maar hij had uiteraard ook de bescherming van grondrechten kunnen noemen.<sup>15</sup>

De vraag naar de verhouding tussen rechtsstaat en democratie is onlangs weer meer actueel geworden, nu in de samenleving de gebondenheid aan grondrechten wel ter discussie wordt gesteld<sup>16</sup> en Nederland (althans formeel) geregeerd wordt door een minderheidskabinet. Men zie de recente *cri de coeur* van Ernst Hirsch Ballin dat democratie en rechtsstaat 'niet los verkrijgbaar zijn'.<sup>17</sup> Ofschoon het zeker niet onmogelijk is de begrippen rechtstaat en democratie *conceptueel* te onderscheiden – ook historisch vallen deze twee begrippen niet samen –, kunnen rechtsstaten in de realiteit niet goed zonder democratie *bestaan*. Het is een zeer nastrevenswaardige ideaal om deze twee zoveel mogelijk met elkaar te verenigen.

Binghams boek maakt dat op een voortreffelijke manier aanschouwelijk: in een wereld die verdeeld is door verschillen in nationaliteit, ras, kleur, religie en welvaart, is deze – inhoudelijke en betekenisrijke – *rule of law* een van de sterkst verbindende krachten, volgens Bingham misschien wel dé sterkste, althans 'the nearest we are likely to approach to a universal secular religion' (p. 174).

<sup>15</sup> Zie meer uitvoerig over de verhouding tussen rechtsstaat en democratie: Van Ommeren 2003, p. 11, 17 en voorts: H.E.S. Woldring, 'Filosofische reflecties op beginselen van de rechtsstaat', in: F.J. van Ommeren en S.E. Zijlstra (red.), *De rechtsstaat als toetsingskader*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003, p. 23 e.v.

<sup>16</sup> Zie o.a. Thierry Baudet, 'De gespannen verhouding tussen mensenrechten en rechtsstaat', in: S. Harchaoui en J. Jonkers (red.), *Leve de rechtsstaat!* Den Haag: Boom Lemma uitgevers 2010, p. 65 e.v. en zijn bijdrage in *NRC Handelsblad* d.d. 13 november 2010: 'Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens vormt een ernstige inbreuk op de democratie', die veel reacties uitlokte.

<sup>17</sup> E.M.H. Hirsch Ballin, 'De nieuwe rechtsstaat: wachten op een nieuwe dageraad?', *NJB* 2011, p. 71-73.

Jan Moritz Schilling

# Deutscher Grundrechtsschutz zwischen staatlicher Souveränität und menschenrechtlicher Europäisierung

Tübingen: Mohr Siebeck 2010, xxii+281 pp., ISBN 978-3-16-150180-7

R. DE LANGE\*

Met het toegenomen belang van de Europese grondrechten, zowel binnen de Raad van Europa als binnen de Europese Unie, is ook de verhouding tussen het Duitse federale Constitutionele Hof en de Europese rechtsordes steeds spannender geworden. In deze studie, in 2009 verdedigd als proefschrift aan de Albert-Ludwigsuniversiteit in Freiburg, gaat Jan Moritz Schilling diepgaand in op de rechtspraak van het Constitutionele Hof en de verhouding tot de Europese rechtorde. Daarbij gaat zijn aandacht uit naar de verhouding tussen de Duitse grondwet en het EVRM. Na een Inleiding (pp. 1-30) besteedt hij Deel B (p. 40-98) aan een analyse van de rechtspraak van het *Bundesverfassungsgericht*, om daarna in Deel C (p. 99-184) in te gaan op de juridische effecten van de rechtspraak van het EHRM. Daarbij staat de vraag centraal of de huidige constitutionele situatie in de Bondsrepubliek met zich meebrengt dat de nakoming van EVRM-verplichtingen in gevaar komt. Dat gevaar zou vooral kunnen voortkomen uit een 'stil voorbehoud' dat sommigen menen aan te treffen in de rechtspraak van het *Bundesverfassungsgericht*.

De rechtspraak van het BVerfG – zoals besproken in Deel B – is in verschillende fasen te verdelen. Schilling onderscheidt er drie: een vanaf het inwerkingtreden van het EVRM tot eind jaren tachtig, een tot aan het einde van de jaren negentig, en een vanaf het inwerkingtreden van het Elfde Protocol tot heden, zonder de Commissie en met het nieuwe Hof. De tweede fase – van eind jaren tachtig tot eind jaren negentig – duidt Schilling aan als de fase van de consolidatie van het EVRM-systeem en de reactie van de Duitse rechtspraak daarop. In deze fase doet het BVerfG voor het eerst iets opmerkelijks met de EVRM-rechtspraak: weliswaar heeft het EVRM krachtens artikel 59 lid 2 *Grundgesetz* slechts de rang van een federale wet, maar omdat de inhoud van het EVRM in belangrijke mate overeenstemming vertoont met de Duitse grondwettelijke grondrechten, heeft het EVRM een positie die bijzonderder is dan die van een gewone federale wet. Het verdrag dient ook als 'interpretatiehulp'

\* Prof.mr. R. de Lange is hoogleraar staats- en bestuursrecht aan de Erasmus Universiteit Rotterdam.

(*Auslegungshilfe*) bij de uitleg en toepassing van het overige Duitse recht door de gewone rechter. Op grond van die benadering heeft het BVerfG een zekere taak bij het toezicht op de toepassing van het EVRM door de gewone rechter. Die taak is echter in beginsel beperkt tot een willekeur-controle op die toepassing: als er sprake is van willekeur bij de toepassing van het EVRM is daarmee Duits constitutioneel recht geschonden, en is er aanleiding tot ingrijpen door het BVerfG. In de derde fase – sinds eind jaren negentig – heeft het BVerfG opnieuw zijn positie bepaald ten opzichte van het EHRM. Enerzijds benadrukt het de doorwerking van de rechtspraak van het EHRM, anderzijds wijst het ook op de grenzen van de toepasbaarheid van die rechtspraak. In bijzondere gevallen – zoals in het Görgülü-arrest van oktober 2004 – is er sprake van ‘meerpole’ grond-rechtsverhoudingen, waarbij meer partijen betrokken zijn die niet alle in de Straatsburgse procedure vertegenwoordigd waren. Het BVerfG oordeelt dat de Duitse gerechten rekening moeten houden met de Straatsburgse rechtspraak, maar er ook een eigen waardering van moeten geven: ‘*wertende Berücksichtigung*’ wordt dit concept genoemd. Er is sprake van een ‘*Ausstrahlungswirkung*’ van het EVRM op het Duitse recht, dat in overeenstemming met het verdrag dient te worden uitgelegd en toegepast. Of de gewone rechter daarbij het beginsel van de volkenrechts-vriendelijkheid van de Duitse constitutie voldoende in acht neemt valt eveneens onder de controle van het BVerfG. Deze subtiële constructie stelt het BVerfG in staat om ook de grenzen te bewaken die de Duitse grondwet stelt aan de doorwerking van het EVRM. Van mechanische toepassing van de rechtspraak van het EHRM kan derhalve geen sprake zijn. Deel C is het *pièce de résistance* van het boek. De vraag wat de effecten van de EVRM-rechtspraak zijn is in veel landen relevant. In de kolommen van dit tijdschrift besteedde Janneke Gerards vorig jaar aandacht aan de kwestie naar Nederlands en Brits recht (de discussie over het ‘mirror principle’). Schilling analyseert in dit verband allereerst artikel 46 EVRM: de verdragstaat moet zo snel mogelijk de schending opheffen, voor compensatie zorgdragen en voorkomen dat in de toekomst nieuwe schendingen optreden. Daarna komt de vraag aan de orde of het EHRM een bevoegdheid heeft om concrete bevelen uit te spreken. Schilling concludeert dat dit op basis van de artikelen 19, 32 en 41 EVRM inderdaad kan (p. 130). Maar dat is slechts het geval indien slechts een bepaalde statelijke maatregel geschikt is om het beoogde resultaat – einde van de schending – te bereiken. In andere gevallen heeft de verdragstaat een zekere vrijheid om zelf de middelen te kiezen die het best geschikt zijn om een einde te maken aan de geconstateerde schending. In die situatie is de rol van de rechter cruciaal. Schilling analyseert daarom uitgebreid de rechtspraakssituatie in de Bondsrepubliek met betrekking tot het inachtnemen van (of het acht slaan

# boeken

op, dit is een punt van discussie) de arresten van het EHRM (p. 133 e.v.). Volgens Schilling is het BVerfG door zijn hantering van de doctrine van de *wertende Berücksichtigung* bewust vaag op een belangrijk punt. De Görgülü-rechtspraak maakt de internrechtelijke doorwerking afhankelijk van de vraag of er wellicht betere argumenten zijn tégen doorwerking dan vóór doorwerking (p. 134). Dat berust op twee oorzaken: het BVerfG wil zijn toezichtsmogelijkheden flexibel houden, en de Görgülü- en Caroline von Hannover-arresten hebben niet zozeer een constitutioneel concretiserende functie, als wel een dialoog- en signaalfunctie (p. 256). Daaruit vloeit echter naar het oordeel van Schilling wel rechtsonzekerheid voort (zoals hij op p. 134 opmerkt). De nauwkeurige analyse op p. 136 e.v. mondt uit in de conclusie dat de gewone Duitse rechter zich in een weinig benijdenswaardige situatie bevindt. Schilling noemt die positie zelfs 'onaangenaam' en 'ondankbaar' (p. 156). Hij loopt altijd het risico dat in gevallen waarin het EVRM relevant is ofwel het *Bundesverfassungsgericht* of het EHRM tot een andere afweging komt. Maar uiteindelijk hangt het toch in belangrijke mate van de gewone rechter af of het EVRM wordt gerespecteerd, en Schilling constateert dat de bereidheid om de oordelen van het EHRM te volgen niet bij alle gewone gerechten in dezelfde mate bestaat (p. 182). In Deel D bespreekt Schilling de taakverdeling tussen de nationale rechtspraak en het EHRM. Vanuit Nederlands perspectief ligt deze taakverdeling enigszins anders dan in Duitsland, omdat in dat land de gang naar het *Bundesverfassungsgericht* door het aanhangig maken van een *Verfassungsbeschwerde* deel uitmaakt van de rechtsbeschermingsmogelijkheden (remedies) op nationaal niveau. Het is echter niet geheel evident dat de burger deze gang ook altijd dient te benutten, omdat sommige klachten betreffende schending van het EVRM niet zonder meer voor het *Bundesverfassungsgericht* aan de orde lijken te kunnen worden gesteld. Schilling analyseert in dit deel de 'coördinatie tussen verschillende niveaus van rechtspraak' (p. 185 e.v.). Deel E (p. 252-269) bevat een samenvatting van de onderzoeksresultaten.

Samenvattend: voor het constitutioneelrechtelijk cruciale onderwerp van de coördinatie tussen verschillende niveaus van rechtspraak is dit boek verplichte lectuur. Schillings analyse is uitgebreid, diepgaand en verhelderend. Hij gaat niet zonder meer mee in de heersende opvattingen over de positie van het *Bundesverfassungsgericht* ten opzichte van het EHRM, en betreft bij tijd en wijle zelfstandig positie. Hij beziet de doctrines van het *Bundesverfassungsgericht* van verschillende kanten, en werpt een helder licht op de verhouding tussen gewone rechter, constitutionele rechter en Europees Hof voor de rechten van de mens.

B.J. de Vos

## Horizontale werking van grondrechten. Een kritiek

dissertatie Leiden, Apeldoorn/Antwerpen: Maklu 2010, 416p.,  
ISBN 978-90-466-0369-7

C. MAK\*

‘[N]aar deze studie tracht aan te tonen dient het globale effect van horizontale werking heel wat lager te worden ingeschat dan in deze voorstellingen het geval is. Niet betreft horizontale werking een hemelbestormende innovatie, maar een eerder zwak onderbouwd en diffuus leerstuk dat voornamelijk niet meer dan een terminologische wissel voorstaat (hertaling van belangen in fundamentele rechten), weinig van de haar toegedichte kwaliteiten werkelijk verwezenlijken kan en als kers op de taart zelfs malicieuze kantjes heeft.’

Dit schrijft De Vos in het inleidende hoofdstuk van het proefschrift dat hij half oktober 2010 in Leiden verdedigde. Zoals één van de opponenten tijdens de promotieplechtigheid opmerkte, heeft De Vos hiermee een opmerkelijke insteek gekozen voor de presentatie van zijn onderzoek. Niet vaak ondermijnt een promovendus op een zo eloquente en doorwrochte manier het onderwerp van zijn onderzoek als De Vos doet in zijn betoog over de toepassing van grondrechten tussen particuliere partijen. Zijn niet-alledaagse aanpak heeft geresulteerd in een fascinerend boek, dat getuigt van een grote belezenheid van de auteur (onder meer blijkend uit een overzicht van aangehaalde literatuur en jurisprudentie dat een kwart van het totaal aantal pagina's beslaat) en dat op indringende wijze de kernvragen met betrekking tot het leerstuk van horizontale werking opnieuw aan de orde stelt.

De toepassing van grondrechten, of fundamentele rechten, in privaatrechtelijke verhoudingen is niet vanzelfsprekend. Deze rechten zijn immers in eerste instantie bedoeld als verweermiddelen van burgers tegen de overheid. Zoals De Vos aangeeft, zijn deze in nationale constituties en internationale verdragen neergelegde rechten niettemin *'en masse'* de Rubicon overgestoken en wordt in de meeste Europese rechtsstelsels een zekere 'horizontale werking' aan ze toegekend. Dat wil zeggen dat grondrechten niet meer alleen in de 'verticale' verhouding tussen burger en

boeken

\* Dr. C. Mak is als universitair hoofddocent verbonden aan het Centre for the Study of European Contract Law (CSECL), Universiteit van Amsterdam.

Staat een rol spelen, maar dat in de civiele rechtspraak steeds vaker grondrechten worden toegepast ter beslechting van een geschil. Dit fenomeen heeft al langer de aandacht van staatsrechtgeleerden, maar is de laatste jaren ook steeds vaker voorwerp van privaatrechtelijk onderzoek.<sup>1</sup> Het lijkt erop dat De Vos kritisch staat tegenover zowel het leerstuk van horizontale werking zelf als de weergave ervan in de juridische literatuur. Hij richt zijn pijlen achtereenvolgens op: de historische ontwikkeling van de doorwerking van grondrechten in het privaatrecht en de beschrijving daarvan in de doctrine; de terminologie en het analytisch kader dat veelal wordt gebruikt om de werking van grondrechten in het privaatrecht te verklaren en te onderbouwen; de vraag in hoeverre grondrechten daadwerkelijk 'effect' hebben gesorteerd in de civiele rechtspraak en de beantwoording van die vraag in de literatuur; de manier waarop verschillende actoren (procespartijen, rechters, rechtsgeleerden) al dan niet zorgvuldig omgaan met de toepassing van grondrechten op vragen van privaatrecht; de pluspunten en beperkingen van het leerstuk van horizontale werking; en de (on)mogelijkheid van Europese harmonisatie van privaatrecht op basis van grondrechten. De Vos onderwerpt elk van deze deelonderwerpen aan een kritische beschouwing. Daarin concentreert hij zich met name op de mogelijke meerwaarde die grondrechten zouden kunnen geven aan de overwegingen van de civiele rechter in vergelijking met een strikt privaatrechtelijke belangenafweging. Die meerwaarde wordt zijns inziens 'sterk overschat'.

De bijzonder goed gedocumenteerde hoofdstukken over de geschiedenis van het leerstuk van horizontale werking en toepassing ervan in de rechtspraak leveren veel interessante informatie op. Zo beschrijft De Vos hoe reeds voor de Tweede Wereldoorlog, in de Weimarrepubliek, een voorzichtig begin werd gemaakt met de toepassing van grondrechten op particuliere verhoudingen. In de rechtsvergelijkende weergave van de ontwikkeling van het leerstuk in een aanzienlijk aantal Europese landen (naast Duitsland ook Italië, Oostenrijk, Zwitserland, Nederland, Portugal, Spanje, België en Frankrijk) geeft hij vervolgens aan op welke manier de horizontale werking steeds meer terrein heeft gewonnen. Zijn overzicht van de *Fallgruppen* waarin de toepassing van grondrechten in het aansprakelijkheidsrecht, contractenrecht en familierecht kan worden ingedeeld, laat zien hoe deze rechten in de loop der tijd 'als bloemsuiker over het privaatrecht [zijn] uitgestrooid'.

De kritiek van De Vos lijkt met name gericht op het ongebreidelde enthousiasme dat volgens hem in de doctrine tentoon wordt gespreid ten aanzien van deze opmars van het leerstuk van horizontale werking. Een dergelijke optimistische kijk op de toepassing van grondrechten in het privaatrecht is zijns inziens misplaatst en bovendien zelfs gevaarlijk: De

1 In Nederland is onder meer over de contractenrechtelijke aspecten van het leerstuk geschreven door O.O. Cherednychenko, *Fundamental Rights, Contract Law and the Protection of the Weaker Party* (diss. Utrecht), München: Sellier 2007, en door mijzelf, *Fundamental Rights in European Contract Law. A Comparison of the Impact of Fundamental Rights on Contractual Relationships in Germany, the Netherlands, Italy and England*, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International 2008. Een meer algemeen privaatrechtelijk overzicht van het huidige debat is te vinden in T. Barkhuysen en S.D. Lindenberg (red.), *Constitutionalisation of Private Law*, Leiden: Martinus Nijhoff 2006.

horizontale toepassing van grondrechten zou niet leiden tot een duidelijker articulatie van de ‘aan recht en maatschappij onderliggende waarden’, noch zou zij kunnen bijdragen aan de bescherming van zwakkere contractspartijen, of als katalysator kunnen werken voor verdere harmonisering van het contractenrecht in Europa. In het ergste geval zou zij zelfs kunnen uitmonden in een ‘degeneratie van het vrijheidsbegrip zo de ‘zwakke partij’-aspiratie zich effectief doorzet (werkelijke vrijheid vereist immers verantwoordelijkheid), een aantasting der (publieke) geloofwaardigheid van jurisprudentie zo deze in toenemende mate met vrij vage grondrechtenretoriek bekleed wordt, en, ten slotte, een devaluatie van de fundamentele rechten zelf, door een steeds verdere, al dan niet gehonoreerde oprekking van deze rechten wegens het regulier triviaal of zelfs absurde beroep erop.’

In de soms tamelijk felle passages betreffende de vermeende misvattingen in de doctrine (met name te vinden in de hoofdstukken 6, 7 en 8 van het boek) blijkt nog eens dat De Vos geen gemakkelijke insteek heeft gekozen. Een kritiek slaagt immers alleen als zij aansluit op de voorstellingen die zij ter discussie stelt. Door de beperking van zijn onderzoek tot de ‘zuivere applicatie van grond- c.q. fundamentele rechten als dusdanig in verhoudingen tussen particulieren’ lijkt De Vos echter vanaf het begin een deel van de literatuur uit te sluiten van zijn analyse. Verschillende auteurs hanteren juist een ruimere definitie van ‘horizontale werking’, waarin niet een dergelijk strikt onderscheid wordt gemaakt, of kan worden gemaakt, tussen grondrechten en de waarden die zij vertegenwoordigen. In hoeverre is de kritiek van De Vos toepasselijk op rechtspraak en literatuur die niet uitgaan van ‘zuivere applicatie’ van een grondrecht, maar het grondrecht slechts meenemen als element in de belangenafweging, of ernaar verwijzen als onderliggende waarde van een wetbepaling? Een voorbeeld is de vrije arbeidskeuze die ten grondslag ligt aan regelgeving omtrent non-concurrentiebedingen in arbeidsovereenkomsten en die om die reden in de Duitse en Nederlandse rechtspraak over dergelijke bedingen is terug te vinden.

De Vos biedt voorts weinig inzicht in de vindplaatsen van de door hem bestreden opvattingen; veelal volstaat hij met een weergave in slechts enkele zinnen van de (te) positieve kijk die veel auteurs zouden hebben op de horizontale werking van grondrechten. De mogelijke voorbehouden en beperkingen van het leerstuk die deze auteurs in hun werk naar voren brengen, laat hij grotendeels onbesproken. Dat is jammer, want het debat over doorwerking van grondrechten in het privaatrecht is niet zwart/wit van karakter. De Vos snijdt bovendien (rechtspolitiek) gevoelige onderwerpen aan, niet in de laatste plaats met betrekking tot de inhoudelijke invloed van grondrechten op de privaatrechtelijke belangenafweging en het



gevaar van inflatie van grondrechten door vergaande toepassing buiten de relatie tussen burger en overheid. Zijn doorwrochte kritiek op de vermeende opvattingen van andere auteurs lijkt door de gekozen opzet op sommige punten het risico te lopen te verworden tot een gevecht tegen windmolens.

Deze punten van kritiek op de gekozen lijn van argumentatie mogen echter niet afdoen aan de waardering voor het onderzoek als geheel. De Vos gaat aanmerkelijk verder dan een enkele beschrijving van de stand van zaken met betrekking tot horizontale werking van grondrechten. Zijn boek geeft blijk van een grondige rechtsvergelijkende en kritische studie van het onderwerp, die de grote vragen betreffende de verhouding tussen publiek- en privaatrecht en de daadwerkelijke bescherming van grondrechten niet uit de weg gaat. De Vos geeft uitdrukking aan een weldoordachte eigen visie op het onderwerp en heeft daarmee een origineel en lezenswaardig proefschrift afgeleverd.

Wojcieck Sadurski

# Equality and Legitimacy

Oxford: Oxford University Press 2008, 250p., ISBN 978-0-19-954517-9

A.B. TERLOUW\*

Het boek *Equality and legitimacy* gaat over politieke, wettelijke en sociale gelijkheid en geeft antwoord op de vraag wat de betekenis van deze vormen van gelijkheid is voor legitimiteit van wetgeving. Het antwoord staat eigenlijk al in de inleiding: Legitimiteit is niet waardevrij en gelijkheid is een belangrijke legitimerende waarde. Het interdisciplinaire karakter van het boek is de belangrijkste wetenschappelijke meerwaarde. Ik kan in deze bijdrage geen recht doen aan de rijkdom van het boek en ga slechts in op de hoofdlijnen en punten die ikzelf het meest interessant vond.

## 1. Politieke gelijkheid en de Majority Rule

Sadurski gaat bij de bespreking van politieke gelijkheid vooral op zoek naar de legitimering van de *Marjority Rule* (MR). Waarom aanvaarden wij intuïtief dat een meerderheidsbeslissing legitiem is? Sadurski betoogt dat de legitimerende kracht van de MR met name is gebaseerd op de gelijkheidsgedachte die eraan ten grondslag ligt. Waaraan ontleent de MR zijn legitimerende kracht? Door sommigen wordt betoogd dat dit is vanwege de rechtvaardige uitkomsten (*output-legitimacy*). Het biedt de maximale bevrediging voor het maximale aantal mensen. Sadurski vindt dit utilitaire argument niet goed genoeg, evenmin als de gedachte dat de MR wordt geaccepteerd omdat er in de toekomst sprake kan zijn van een andere meerderheid. Deze gedachte heeft volgens de auteur zelfs iets pervers, hetgeen hij illustreert door het voorbeeld dat de aanstelling van een gezagsdrager wordt gelegitimeerd met het argument dat hij weer kan worden ontslagen. Nee, de echte legitimerende kracht van de MR is volgens Sadurski in wezen gelegen in het idee van gelijkheid dat eraan ten grondslag ligt. Iedereen heeft één stem die even zwaar weegt, iedereen wordt dus als gelijk beschouwd. Dat is een moreel uitgangspunt.

boeken

\* Prof.mr. A.B. Terlouw is hoogleraar rechtssociologie aan de Radboud Universiteit Nijmegen.

Een probleem is wel dat de voorkeuren en belangen van individuen en groepen niet dezelfde intensiteit en gewicht hebben. Sadurski meent dat dit probleem echter niet afdoet aan gelijkheid als legitimerende kracht van de MR. Ten eerste omdat de MR slechts betrekking heeft op het eind van het besluitvormend proces, *the voting stage* en in de fase daarvoor *the deliberation stage* alle ruimte bestaat om de intensiteit van voorkeuren naar voren te brengen. Ten tweede omdat (afgezien van referenda) er in de representatieve democratie niet wordt gekozen voor of tegen een specifiek voorstel maar voor een vertegenwoordiger die bij de besluitvorming politieke onderhandelingen voert waarbij de intensiteit van voorkeuren zeker een rol speelt. Dat is van belang voor de legitimiteit van de MR. Daarnaast maakt hij verschil tussen belangen en waarden waarover stemmers zich uitlaten en als het om waarden gaat betoogt hij dat het niet ter zake doet hoe sterk wij aan deze waarden hechten. Dat is juist essentieel aan de gelijkheidsgedachte: *'if we want to respect political equality of citizens-voters, we must treat their preferences as if they were of equal intensity.'* (p. 53).

Volgens Sadurski vloeit uit de gelijkheidsgedachte ook voort dat we bezwaar hebben tegen het verhandelen van stemrecht, al kan dat volstrekt in overeenstemming zijn met de *Pareto optimality test* (hetgeen wil zeggen dat het vanuit een bepaald gezichtspunt rationeel is om je stem(recht) te verkopen). Maar het verhandelen van stemrecht van burgers is in strijd met het uitgangspunt van de gelijkheid van stemgerechtigden. De onvervreemdbaarheid van stemrecht is bedoeld om te voorkomen dat mensen niet kunnen meebeslissen maar ook om tegen te gaan dat sommige mensen meer invloed op de beslissing hebben dan anderen (p. 56). Sadurski onderkent dat de MR tot ongelijke resultaten kan leiden, bijvoorbeeld tot ongelijke behandeling van leden van een minderheidsgroep. Hij bestrijdt echter dat de MR daarom zijn legitimering niet in de gelijkheidsgedachte zou kunnen vinden. Voor sommige beslissingen is unanimiteit (of een gekwalificeerde meerderheid) nodig, maar de MR is geen slap aftreksel van het ideaal van unanimiteit. Integendeel, de unanimiteitseis veroorzaakt een flagrante ongelijkheid tussen personen die een bepaalde beslissing steunen en personen die er tegen zijn en de macht van het veto hebben. De mening van de eersten telt veel minder zwaar. Naast politieke gelijkheid bestaat economische en sociale gelijkheid, of liever ongelijkheid. Het is denkbaar dat iedereen op gelijke wijze deelneemt aan het politieke proces terwijl de uitkomst daarvan verschilt voor elke deelnemer. Sadurski betoogt niet alleen op basis van deze realiteit dat politieke en sociale ongelijkheid als onafhankelijke concepten moeten worden beschouwd, hij laat ook zien dat we niet anders willen. Immers als het twee afhankelijke grootheden waren dan zouden we moeten aanvaarden dat

meer sociale gelijkheid ten koste mag gaan van politieke gelijkheid. Een geringe beperking van de politieke gelijkheid zouden we misschien wel accepteren, maar geen volledige ook al zou dit nog zozeer ten goede komen aan de sociale gelijkheid. Denk voor Nederland bijvoorbeeld aan de hypotheekrenteaftrek. De MR houdt afschaffing daarvan tegen, hoewel de hypotheekrenteaftrek de sociale ongelijkheid vergroot.

Tot slot erkent Sadurski dat er naast de MR andere voorwaarden zijn voor politieke gelijkheid. Hij gaat uitvoerig in op het idee van gelijke kansen en vertaalt dit in politieke gelijke kansen. Dit idee kent volgens hem de volgende dimensies: 1) impact op de agendasetting, 2) toegang tot relevante informatie, 3) toegang tot fora van gedachtewisseling, in het bijzonder de massamedia, 4) garantie van ruimte om van mening te verschillen, verzekering van neutrale procedures van gedachtewisseling. Al deze elementen van gelijke politieke kansen spelen een rol in het proces van gedachtewisseling en niet in de besluitvormingsfase. Dan is het de politieke gelijkheid in de vorm van *one man one vote* die bepalend is. Dat neemt niet weg dat 'we do not want to upset this political equality by lack of equality at an earlier stage' (p. 90).

Het gelijkheidskarakter van de MR wordt natuurlijk wel bepaald door de *demos*, de groep van mensen die geïnccludeerd zijn. Dat sommige mensen niet deelnemen aan het democratische proces, zoals kinderen en geesteszieken, is vrijwel universeel geaccepteerd maar voor anderen is uitsluiting minder evident, zoals lang verblijvende burgers van andere staten. Het vaststellen van de *demos* is cruciaal want als de MR berust op de gedachte van gelijkheid, dan wordt een fundamentele ongelijkheid veroorzaakt door groepen mensen van de *demos* uit te sluiten. Hierdoor zal de claim van legitimiteit van toepasselijkenheid op hen van democratisch tot stand gekomen wetten falen.

## 2. Gelijkheid voor en in de wet

Waar Sadurski spreekt over wettelijke gelijkheid, gaat het hem niet zozeer om gelijkheid *voor* de wet. Dat vindt hij eigenlijk geen echt op het gelijkheidsideaal gebaseerd beginsel maar niets anders dan de eis dat regels algemene gelding hebben en algemeen moeten worden uitgevoerd in plaats van ad hoc of op een *case by case* basis. Met wettelijke gelijkheid bedoelt hij gelijkheid *in* de wet, of *substantive equality*. Het gaat om het grondwettelijke gelijkheidsbeginsel, het verbod voor de overheid om onderscheid te maken (om niet te discrimineren in wet- en regelgeving) en niet het bereik van materiële gelijkheid *door* wetgeving.

De sleutel tot het verschil tussen toelaatbare en ontoelaatbare discriminatie moet volgens Sadurski worden gevonden in de relatie tussen de

classificatie (het middel) en het doel daarvan. Dit komt ons bekend voor als de objectieve rechtvaardigingstoets, die inhoudt dat het doel van onderscheid legitiem moet zijn en het middel geschikt en noodzakelijk en dus niet verdergaand dan strikt nodig is. Maar de auteur komt tot een andere wijze van toetsen of het maken van onderscheid wel of niet toelaatbaar is. Dit is in mijn ogen vernieuwend.

Sadurski betoogt dat de zogenoemde *per se test* (in het Amerikaanse staatsrecht bekend als *strict scrutiny test*) niet deugt. Deze test komt erop neer dat classificaties op grond van bepaalde karakteristieken zoals ras, op zichzelf al als discriminerend worden gezien. Raciale classificatie wordt gelijkgesteld met raciale discriminatie. Deze *per se* benadering is breed geaccepteerd onder juristen maar volgens de auteur filosofisch ondeugdelijk. Hij ontleedt de test in stappen en laat eerst zien dat het idee dat classificatie op grond van onveranderlijke karakteristieken in zichzelf discriminatoir is, geen stand kan houden. Het maakt bijvoorbeeld voor de ernst van discriminatie op grond van seksuele voorkeur toch niet uit of een seksuele voorkeur is aangeboren of zelf gekozen. Bovendien vindt er onderscheid plaats op grond van onveranderlijke karakteristieken, zoals schoonheid en lichamelijke fitheid, dat niet zonder meer als discriminatoir wordt beschouwd.

Maar Sadurski gaat verder. Hij betoogt zelfs dat het onmogelijk is om enige karakteristiek te identificeren die, indien op grond daarvan classificatie plaatsvindt, onvermijdelijk tot discriminatie leidt (p. 119). De fout van de *per se* theorie is dat in deze theorie het verband tussen de classificatie en het doel ervan ontbreekt, terwijl het doel van de classificatie - en niet de karakteristiek van de geclassificeerde groep - nu juist doorslaggevend is. Hierin zit wel het gevaar van een cirkelredenering want elk doel van een classificatie houdt uiteraard verband met die classificatie. Maar essentieel is of het doel van de classificatie is om de groep te benadelen of te bevoordelen.

Ook de objectieve rechtvaardigingstoets, zoals die in het EU-recht wordt gehanteerd, voldoet volgens Sadurski niet, omdat de eis van noodzakelijkheid onduidelijk is. Is het voldoende dat de classificatie efficiënt is of moet zijn voldaan aan de subsidiariteitseis, dat er geen ander middel mag zijn waarmee hetzelfde doel kan worden bereikt zonder de classificatie.

Bruikbaar is volgens Sadurski de weg van het verhogen van de *level of scrutiny* (de grondigheid van de toetsing). De toetsing moet dan betrekking hebben op het doel en op de relatie tussen de classificatie (het middel) met het doel. Daarmee wordt uitdrukking gegeven aan de verdachtheid van het maken van onderscheid en het tolereert geen gemakkelijke overinclusiviteit en onderinclusiviteit. Maar wanneer is er reden is voor het hogere *level of scrutiny*, wanneer is een classificatie verdacht? Een

leeftijdsgrens voor het rijbewijs houdt bijvoorbeeld een classificatie op grond van leeftijd in maar geen verdachte classificatie. De reden daarvoor is volgens Sadurski gelegen in de achterliggende motieven en of die wel of niet zijn gebaseerd op onverdraagzaamheid. Sadurski noemt drie kenmerken die indiceren dat wetgeving een verhoogd *level of scrutiny* behoeft. Dat is het geval als die wetgeving 1) met name minderheidsgroepen treft die disproportioneel weinig invloed hadden op de totstandkoming van wetgeving, 2) wordt opgelegd aan groepen die traditioneel in een achterstandpositie zijn (is er sprake van een bestaand patroon van benadeling), 3) een groep als intellectueel, moreel of anderszins inferieur aanmerkt, dat wil zeggen een stigmatiserend effect heeft (p. 145).

Ik vind dit een interessante benadering die wellicht een oplossing kan bieden voor de soms zichtbare worsteling bij het toepassen van de objectieve rechtvaardigingstoets in Nederland. Sadurski's 'verdachte-motieven-benadering' zou tenminste betekenen dat het huidige uitgangspunt van een symmetrische benadering van de gelijkebehandelingsgronden (zowel vrouwen als mannen kunnen zich beroepen op onderscheid op grond van geslacht en zowel mensen met een witte als zwarte huidskleur kunnen het slachtoffer zijn van rassendiscriminatie) niet langer houdbaar zou zijn.

### 3. Sociale gelijkheid

Gelijkheid is een relationeel concept. Het bereiken van gelijkheid betekent niet noodzakelijk dat de kwaliteit van het leven verbetert.

Ongelijkheden kunnen bovendien een gevolg zijn van (on)geluk of van eigen keus en een maatschappij heeft behoefte aan een balans tussen de verantwoordelijkheid van het individu voor zijn eigen keuzes en de verantwoordelijkheid van de maatschappij voor ongeluk dat niet het gevolg is van eigen keuzes. Maar het verschil tussen deze natuurlijke en sociale ongelijkheden is niet zo evident. Ook talenten en doorzettingsvermogen zijn arbitrair verdeeld over mensen. Op de vraag hoe de overheid moet reageren op arbitraire ongelijkheden zijn volgens Sadurski grofweg drie reacties mogelijk (p. 161-162). Ten eerste de reactie 'pech gehad', de overheid heeft hiermee niets te maken, het leven is nu eenmaal niet eerlijk. Ten tweede: de overheid moet zich inspannen om alle arbitraire ongelijkheden te verminderen of op te heffen. Ten derde: er is een plicht voor de overheid om voordelen ten gevolge van sociale ongelijkheden ongedaan te maken of te verminderen maar niet die ten gevolge van natuurlijke talenten en capaciteiten.

Veel aandacht geeft de auteur aan het principe van het *luck egalitarianism*. Hij gebruikt veel woorden om dit principe te verdedigen maar slaagt

daarin – ook volgens hemzelf - uiteindelijk niet geheel. *Luck egalitarianism*, dat ik - zonder recht te doen aan de complexiteit ervan - maar even ‘pech moet weg’ noem, komt erop neer dat sociale gelijkheid inhoudt dat sprake moet zijn van een eerlijke verdeling van sociale en economische rechten, tenzij de ongelijkheden kunnen worden herleid tot een eigen vrije keus.

Dat deze gedachte problematisch is, blijkt direct al als het begrip ‘eigen vrije keus’ nader wordt beschouwd. Wie van mening is dat vrije wil niet bestaat, stuit hier op een onneembare hobbel. Sadurski gaat daarom de begrippen geluk (of pech) en verantwoordelijkheid te lijf.

Wat is pech en voor welke pech kun je verantwoordelijk worden gehouden? Is verantwoordelijkheid wel het spiegelbeeld van geluk? Er is een verschil tussen input- verantwoordelijkheid, een verantwoordelijkheid voor je daden waarbij vrije wil een rol speelt en output-verantwoordelijkheid, verantwoordelijkheden die je hebt voor bepaalde zaken zonder dat vrije wil daarbij een rol speelt, zonder dat je er invloed op hebt. Ook geluk (of pech) bestaat in twee vormen: *brute luck* waar je niets aan kunt doen en *option luck*, waarbij meer sprake is van een bewuste gok die goed of verkeerd uitpakt. Sadurski vindt dat geluk moet worden begrepen als *brute luck* en verantwoordelijkheid als input-verantwoordelijkheid. Maar dat lost niet alle problemen op. Wie rookt weet dat hij daarmee de kans op longkanker vergroot maar als de roker vervolgens longkanker krijgt, is dat dan botte pech of was het een welbewuste gok die slecht is uitgekapt? Dit is vooral van belang voor de vraag of vanuit het oogpunt van gelijkheid de pech moet worden weggenomen of verminderd (of de kosten van de medische behandeling moeten worden betaald). Sadurski concludeert dat dit een kwestie is van een morele keus die niet kan worden gemaakt op basis van de gelijkheidsnorm maar op grond van andere ideeën zoals die over privacy, autonomie, en efficiëntie. Wel bestaat er een zekere morele overeenstemming bestaat dat er een ondergrens moet zijn, een *safety net*: er moet nog wel sprake zijn van een menswaardig leven of de pech nu het gevolg is van eigen keuzes, of factoren die je onder je controle hebt, of niet (p. 201/202). Dit betekent volgens hem niet dat de theorie van *luck egalitarianism* onhoudbaar is, het betreft slechts de toevoeging van een paternalistisch element. Maar draagt niet vrijwel elke wetgeving een vorm van paternalisme in zich?

Het meeste houvast blijkt Sadurski toch te ontleen aan het verschil tussen factoren die binnen en buiten onze persoonlijke controle liggen. We kunnen verantwoordelijk worden gehouden voor gebeurtenissen die niet zijn toe te schrijven aan onze keuzes, maar we kunnen niet verantwoordelijk worden gehouden voor gebeurtenissen die buiten onze controle liggen, afgezien van strikte (of risico-) aansprakelijkheid, maar die botst

volgens hem dan ook met onze morele intuïtie. Het is volgens Sadurski niet te bewijzen of *luck egalitarianism* werkelijk tot meer gelijkheid leidt. Het wegnemen van de gevolgen van toeval kan ook tot méér ongelijkheid leiden. Denk aan het voorbeeld van een overstroming die zowel de villa van een rijkard wegvaagt als het hutje van een arme. Het wegnemen van de gevolgen, het herstel in oude toestand, veroorzaakt meer ongelijkheid dan het in stand houden ervan. In de nieuwe toestand zijn de rijkard en de arme er even slecht aan toe, namelijk dakloos. De werkelijke zorg van *egalitarians* zou volgens Sadurski moeten liggen bij problemen omtrent hegemonie, dominantie and exploitatie. Niettemin is *luck egalitarianism* zijn voorkeurstheorie als het gaat om sociale gelijkheid.

#### 4. Tot slot: Gelijkheid en legitimiteit

In het slothoofdstuk relateert Sadurski de drie vormen van gelijkheid: politieke, wettelijke en sociale aan het begrip legitimiteit. De meest interessante vraag hierbij is of deze drie vormen van gelijkheid bijdragen aan de legitimiteit van wetgeving. Legitimiteit van wetgeving wil niet zeggen dat de wet onvoorwaardelijk moet worden gehoorzaamd, het gaat erom of de drie vormen van gelijkheid van betekenis zijn voor het respect voor de wet. Legitimiteit is geen kwestie van wel of niet maar van meer of minder. Politieke gelijkheid is het minst controversieel en kan zeker worden beschouwd als een voorwaarde voor legitimiteit, waarbij de *Majority Rule* als uitgangspunt geldt. Ook wettelijke gelijkheid (het gelijkheidsbeginsel) draagt bij aan legitimiteit van wetgeving, maar minder duidelijk. Als een wet bepaalde minderheidsgroepen benadeelt dan is een *special scrutiny* van een dergelijke wet door een rechterlijke instantie nodig. Het is echter lastig te bepalen wanneer een wet een ontoelaatbare last, een stigma meebrengt. Deze vraag is eerder de uitkomst van de toetsing dan de basis ervoor. Sociale gelijkheid, uitgewerkt als *luck egalitarianism*, is het meest controversieel. Het is daarom de vraag of het wel een rol speelt bij legitimiteit. Hoogstens is er een gedeeld idee dat factoren die buiten onze controle liggen geen invloed mogen hebben, maar de visies variëren tussen, wat ikzelf maar even kort samenvat als 'pech moet weg' en 'het leven is nu eenmaal onrechtvaardig'. Hoewel Sadurski zelf een voorstander is van *luck egalitarianism* als basis voor sociaal beleid, onderkent hij dat niet kan worden geclaimd dat implementatie daarvan zal bijdragen aan legitimiteit.

*Equality and legitimacy* is een interessant boek voor ieder die is geïnteresseerd in gelijkheid, democratie, politiek en legitimiteit. Het is tegelijkertijd een eeuwenoud als een actueel thema.



Actueel en relevant voor de Nederlandse situatie is het boek omdat we worden geregeerd door een minderheidskabinet dat met gedoogsteun net 76 zetels heeft. Legitimeert het democratische idee dat de meerderheid beslist over de totstandkoming van wetten waar een zeer grote minderheid tegenstander van is? De bespiegelingen in het boek over de *Majority Rule* zijn ook interessant voor het CDA. Hoe gaat deze partij om met de eenderde minderheid die op het congres van 2 oktober 2010 tegen het regeer- en gedoogakkoord was? Doet Sadurski's omarming van de regel dat de meerderheid beslist, wel recht aan dergelijke grote minderheden? Het boek is ook actueel vanwege de moeilijke afweging bij botsing van gelijkheidsrechten, getuige de zaken over de SGP, de trouwambtenaar en de homoseksuele leerkracht op een christelijke school. Wellicht biedt Sadurski's alternatieve rechtvaardigingstoets een nuttig handvat. Tot slot is het boek actueel vanwege spanning tussen het pleidooi voor meer eigen verantwoordelijkheid die staat tegenover de 'pech moet weg' gedachte. Deze tegenstelling vormt onder meer de basis voor allerlei discussies over de vraag of de pil wel of niet moet worden vergoed door de basisverzekering, of de staat wel of niet de kosten van inburgering op zich moet nemen en of een bromfietshelm en autogordels verplicht moeten zijn. Sadurski biedt niet echt een oplossing maar wel vele nuttige argumenten waarvan zowel voor- als tegenstanders van meer sociale gelijkheid gebruik kunnen maken.

J.-U. Suchomel,

## Partielle Disponibilität der Würde des Menschen,

Diss. Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf, Berlijn: Duncker & Humblot 2010, 269 p. ISBN 978-3-428-13176-1

A.C. HENDRIKS\*

De Staatscommissie Grondwet heeft, zoals bekend, in haar op 11 november 2010 uitgebrachte rapport geadviseerd een algemene bepaling aan de Grondwet toe te voegen. De Staatscommissie heeft daartoe ook een concreet tekstvoorstel gedaan. De door de Staatscommissie gesuggereerde driedelige bepaling bevat ondermeer een verwijzing naar de menselijke waardigheid. Ingevolge het tweede lid van deze algemene bepaling 'eerbiedigt' en 'waarborgt' de overheid de menselijke waardigheid, alsmede de grondrechten en de fundamentele rechtsbeginselen.<sup>1</sup>

De Staatscommissie noemt diverse redenen die haars inziens pleiten voor het opnemen van een bepaling in de Grondwet waarin expliciet wordt gerefereerd aan de menselijke waardigheid. Zo wijst de Staatscommissie erop dat de Nederlandse Grondwet in dit opzicht uit de pas loopt met de constituties van veel andere landen en een groot aantal mensenrechtenverdragen.<sup>2</sup> Een verwijzing naar de menselijke waardigheid versterkt bovendien, aldus de Staatscommissie, het normatieve karakter van de Grondwet en maakt duidelijk dat de menselijke waardigheid de grondslag vormt van de rechten van de mens.<sup>3</sup>

Het is zeker in het licht van dit recente rapport bijzonder de moeite waard kennis te nemen van het eveneens in 2010 gepubliceerde proefschrift van de Jan-Ulf Suchomel. De auteur, inmiddels advocaat in München, bestudeert in zijn dissertatie de menselijke waardigheid in relatie tot het individuele zelfbeschikkingsrecht. Dat het hier een Duits proefschrift betreft mag niet verbazen. De menselijke waardigheid neemt in de naoorlogse Duitse Grondwet (1949)<sup>4</sup> immers een vooraanstaande plaats in. Dit begrip wordt daarom soms ook wel aangeduid als *Übergrundrecht* (Suchomel, p. 66). Volgens de eerste volzin van art. 1, eerste lid, van de Duitse *Grundgesetz* is de menselijke waardigheid zelfs 'onaantastbaar' ('*Die Würde des Menschen ist unantastbar*'). Net als de door de Staatscommissie voorgestelde bepaling verplicht de Duitse Grondwet de overheid tot het 'eerbiedigen' en 'beschermen' van de menselijke

boeken

\* Prof. mr. A.C. Hendriks is als hoogleraar gezondheidsrecht verbonden aan de Universiteit Leiden/LUMC.

1 De Staatscommissie Grondwet doet daartoe het volgende tekstvoorstel: 'De overheid eerbiedigt en waarborgt de menselijke waardigheid, de grondrechten en fundamentele rechtsbeginselen.' Zie verder *Rapport Staatscommissie Grondwet 2010*, digitaal beschikbaar via [www.staatscommissiegrondwet.nl](http://www.staatscommissiegrondwet.nl) > publicaties.

2 Zie ook E. Brems en J. Vrielink, *Menselijke waardigheid in de Nederlandse Grondwet?*, Nota opgesteld ten behoeve van de Staatscommissie Grondwet (2009), eveneens digitaal be-

schikbaar via [www.staatscommissiegrondwet.nl](http://www.staatscommissiegrondwet.nl) > publicaties.

3 In dezelfde zin B.C. van Beers, *Persoon en lichaam in het recht*, diss. VU Amsterdam, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009, p. 36 en p. 142.

4 Volledigheidshalve: dit betreft oorspronkelijk de West-Duitse Grondwet. Ook de 'Verfassung der Deutschen Demokratischen Republik' (1947) bevatte een verwijzing naar de menselijke waardigheid (art. 18 lid 3): 'Das Arbeitsentgelt muß der Leistung entsprechen und ein menschenwürdiges Dasein für den Arbeitenden und seine unterhaltsberechtigten Angehörigen gewährleisten.'

5 Hierbij past een kleine kritische opmerking over het Rapport van de Staatscommissie Grondwet. Het tekstvoorstel over de menselijke waardigheid, zoals geformuleerd door de Staatscommissie, suggereert een tweeledige overheidverplichting: een plicht tot 'eerbiedigen' en een plicht tot 'waarborgen'. De Staatscommissie besteedt in de rest van haar rapport geen aandacht aan dit onderscheid en bedient zich bij verwijzingen naar de menselijke waardigheid consequent van slechts één van beide begrippen, als betreft het hier synoniemen (zie p. 5, 8, 37, 41, 42, 65 en 106). Op sommige plaatsen hanteert de Staatscommissie overigens ook de term 'respect' (zie p. 26, 41), een begrip dat veelal wordt opgevat als verwijzend naar een negatieve verplichting voor de overheid ('eerbiedigen').

6 Art. 1 van het Handvest luidt als volgt: 'De menselijke waardigheid is onschendbaar. Zij moet worden geëerbiedigd en beschermd'.

7 Zie bijv. D. Beylveeld en R. Brownsword, *Human Dignity in Bioethics and Biolaw*, Oxford: Oxford University Press 2001, p. 1.

8 'Handle so, dass du die Menschheit sowohl in deiner Person als in der Person eines jeden anderen, jederzeit zugleich

waardigheit (art. 1 lid 1 tweede volzin: '*Sie zu achten und zu schützen ist Verpflichtung aller staatlichen Gewalt*').<sup>5</sup> Deze bepaling stond eerder model voor de verwijzing naar de menselijke waardigheid in het Handvest van Grondrechten van de Europese Unie. De door de Staatscommissie voorgestane bepaling inzake de menselijke waardigheid lijkt eveneens door deze formulering te zijn geïnspireerd.<sup>6</sup>

Alvorens nader in te gaan op de vraagstelling van het proefschrift van Suchomel en de structuur en uitkomsten van zijn onderzoek, is het goed het volgende voor ogen te houden. Over de betekenis en uitleg van het begrip *Würde des Menschen* bestaat in Duitsland al vele jaren discussie. Dit debat gaat, zoals ook Suchomel laat zien, ver terug in de Duitse geschiedenis. Filosofen en rechtsgeleerden verschillen al jaren met elkaar van mening over de normatieve betekenis van dit *oberste*

*Konstitutionsprinzip* (p. 61). Dat geldt ook voor de afzonderlijke constituerende bestanddelen: 'menselijke' en 'waardigheid'. Waarin verschilt menselijke waardigheid eigenlijk van gewone waardigheid? En bestaat er verschil tussen *Werten* en *Würden*?

Suchomel bouwt in zijn boek voort op de tweeledige wijze waarop het begrip menselijke waardigheid in de literatuur veelal wordt uitgelegd.<sup>7</sup>

*Grosso modo* komen die verschillen neer op het volgende. Menselijke waardigheid wordt enerzijds gezien als waarborg voor de persoonlijke autonomie, in de zin van keuzevrijheid en individuele zelfbeschikking ('*dignity as empowerment*'). Menselijke waardigheid laat in deze optiek ruimte voor de persoonlijke ontplooiing en voor intermenselijke verschillen.

Menselijke waardigheid lijkt daarmee te vragen om overheidsonthouding ('*achten*' of 'eerbiedigen'). Anderzijds wordt menselijke waardigheid, veelal vanuit een bepaald al dan niet religieus mensbeeld, vaak in stelling gebracht op de noodzaak te benadrukken om grenzen te stellen aan de individuele autonomie ('*dignity as constraint*'). Zonder demarcatielijnen zou de mens geneigd zijn objectieve waarden te overschrijden en daarmee de waarden die eigen zijn aan de mensheid te grabbel te gooien. Deze tweede visie op menselijke waardigheid vraagt in het verlengde hiervan om het nemen van beschermingsmaatregelen ('*schützen*' of 'waarborgen'), zo nodig leidend tot een inperking van de persoonlijke autonomie.

De geschriften van de filosoof Immanuel Kant hebben, zoals Suchomel aantoon, grote invloed gehad op het denken over de menselijke waardigheid in Duitsland (en daarbuiten) en de uiteindelijke formulering van het eerste artikel van de Duitse Grondwet. Volgens Kants beroemde maxime uit zijn *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten* (1785) is de mens een doel in zichzelf en mag hij niet tot middel worden gedegradeerd (instrumentaliseringsverbod).<sup>8</sup> Anders dan *Werten*, in welk geval een prijs de relatieve

waarde daarvan tot uitdrukking brengt, hebben *Würden* een absoluut, niet op geld waardebaar karakter. Aan *Würden* mag daarom geen afbreuk worden gedaan, ook niet met een beroep op de persoonlijke autonomie. Tal van de in het Europees Verdrag inzake de Rechten van de Mens en de Biogeneeskunde (1997) neergelegde bepalingen moeten, in mijn optiek, aldus worden begrepen.<sup>9</sup> Ook diverse Straatsburgse uitspraken wijzen mijns inziens op een dergelijke uitleg van de menselijke waardigheid.<sup>10</sup> Dit laat onverlet dat er tevens uitspraken zijn waarin het EHRM de autonome inkleuring van de menselijke waardigheid voorop stelt,<sup>11</sup> naast uitspraken waarin menselijke waardigheid als objectieve (minimum) norm wordt gepositioneerd.<sup>12</sup> De door Suchomel gesignaleerde verschillen tussen *Werten* en *Würden* zijn dus geenszins alleen voor Duitsland relevant.

Het door Kant bepleitte absolute karakter van de menselijke waardigheid komt in de Duitse Grondwet tot uitdrukking via de kwalificatie *unantastbar*. Terecht merkt Suchomel op dat deze aanduiding iets paradoxaals heeft; een onaantastbaar rechtsgoed behoeft geen bescherming (p. 64). Maar ook anderszins is sinds de grondwettelijke verankering van dit begrip de discussie over de uitleg en toepassing hiervan in Duitsland geenszins verstomd. Sommige discussianten verzochten thans zelfs dat ‘*Es handle sich um eine beklagenswerte, nichtssagende Leerformel, eine strapazierte Worthülse*’.<sup>13</sup> Het schrijven van een proefschrift over het begrip menselijke waardigheid in relatie tot de persoonlijke autonomie, zoals Suchomel heeft gedaan, vraagt daarom bovenal om lef – en waarschijnlijk om veel doorzettingsvermogen.

De aanpak van Suchomel getuigt van originaliteit en grondigheid. Dat zijn onderzoek geen eenduidige definitie van het begrip menselijke waardigheid oplevert, mag niet verbazen. Dit is mijns inziens ook geen tekortkoming. In zijn befaamde boek *Taking Rights Seriously* stelde Dworkin reeds vast dat iedereen die beweert rechten serieus te nemen minimaal ‘*the vague but powerful idea of human dignity*’ moet accepteren.<sup>14</sup> Ook de Oude Romeinen erkenden de keerzijde van het streven naar duidelijkheid door middel van definities: ‘*omnis definitio in jure periculosa est*’ (iedere definitie is in het recht gevaarlijk). Om soortgelijke redenen kunnen we het Suchomel evenmin euvel duiden dat hij niet heeft getracht het begrip *Disponibilität* (beschikbaarheid, in de zin van zelf kunnen beschikken) te definiëren.<sup>15</sup>

Maar dan nu echt over het proefschrift van Suchomel. Zoals gezegd onderzoekt Suchomel de relatie tussen menselijke waardigheid en zelfbeschikking. Hij stelt zich daarbij de vraag of de onaantastbaarheid van de

als Zweck, niemals bloß als Mittel brauchst.’

9 Bijv. het verbod inzake het gebruik van voorspellende genetische teksten buiten de gezondheidszorg (art. 12), het verbod van interventies in het menselijke genoom (art. 13) en het verbod van sekseselectie bij de voortplanting (art. 14).

10 Bijv. inzake het verbod van dwergwerpen (ECieRM 16 oktober 1996, *Wackenheim t. Frankrijk*, nr. 29961/96) en het verbod van bepaalde sm-handelingen (EHRM 19 februari 1997, *Laskey, Jaggard & Brown t. het VK*, nr. 21627/93; 21826/93 & 21974/93 en EHRM 17 februari 2005, *K.A. & A.D. t. België*, nr. 42758/98 & 45558/99, EHRC 2005, 38).

11 Bijv. om een zelfgekozen godsdienst te belijden (EHRM 10 juni 2010, *Jehova's Witnesses of Moscow t. Rusland*, nr. 302/02, GJ 2010, 111 (m.nt. A.C. Hendriks), EHRC 2010, 89 (m.nt. J.H. Gerards)).

12 Bijv. inzake detentieomstandigheden (EHRM 26 oktober 2000, *Kudla t. Polen* (GC), NJ 2001, 594 (m.nt. E.A. Alkema), EHRC 2000, 89 (m.nt. J. van der Velde), NJCM-Bulletin 2001, p. 71 (m.nt. T. Barkhuysen)).

13 W. Vögele, ‘Die christliche Deutung der Menschenwürde im Kontext gegenwärtiger Debatten’, in: Chr. Thies (red.), *Der Wert der Menschenwürde*, Paderborn: Ferdinand Schöningh 2009, p. 63-74 (63).

14 R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Cambridge (MA): Harvard University Press 1977, p. 198.

15 Via de site van de Staatscommissie Grondwet kan ook de voorstudie van N.R. Koffeman inzake het recht op persoonlijke autonomie worden gedownload.

menselijke waardigheid impliceert dat het onder geen beding is toegestaan vrijwillig afstand te doen van dit als absoluut grondrecht geformuleerde begrip. Suchomel gaat daarbij als volgt te werk. In deel 1 onderzoekt hij een aantal uitspraken van het *Bundesverfassungsgericht* en lagere gerechten, waarin de rechter was gevraagd een handeling te verbieden wegens strijd met de menselijke waardigheid dan wel om soortgelijke redenen. De zaken hadden ondermeer betrekking op de deelname van mensen aan een *peepshow*, het dwergwerpen, het programma *Big Brother* en het gebruik van laserspelen – een zaak die later ook aan het Hof van Justitie van de EG is voorgelegd.<sup>16</sup> Suchomels analyse leert dat de motivering van de uitspraken mijlenver uiteenloopt. Menselijke waardigheid wordt daarbij vaak gezien als aspect van de openbare orde of de goede zeden, hetgeen een belangenafweging – anders dan bij een *unantastbar* rechtsgoed – mogelijk maakt. De wijze waarop de weging van belangen vervolgens plaatsvindt is blijkens de rechtspraakanalyse schijnbaar willekeurig.<sup>17</sup> Van een eenduidige waardering en toepassing van de menselijke waardigheid lijkt daarmee geen sprake.

In deel 2 van het boek analyseert Suchomel het bereik van de constitutionele menselijkewaardigheidsgarantie. Deze vraag wordt door auteur systematisch ontleed. Zo onderzoekt hij aan de hand van de overvloedige Duitstalige literatuur over dit onderwerp de betekenis van de in art. 1 *Grundgesetz* neergelegde eerbiedigingsplicht en beschermingsplicht aangaande de menselijke waardigheid, zowel wat betreft de verticale als horizontale relaties. Dat levert zeer interessante beschouwingen en standpunten op. Zo bekritiseert hij het zogenaamd onaantastbare karakter van de menselijk waardigheid, vanuit de gedachte dat een afweging van grondrechten soms onontkoombaar is. Hij verwerpt daarmee ook de stelling dat de menselijke waardigheid een absoluut grondrecht omvat. Zijns inziens is de menselijke waardigheid bovenal een *Grundsatz* dan wel rechtsbeginsel (p. 62). Suchomel bepleit ook een gradueel verschillende normatieve betekenis van de menselijke waardigheid voor de verticale en horizontale relaties. Wat betreft laatstgenoemde relaties, waarbij de overheid zich meer terughoudend moet opstellen, moet er zijns inziens ruimte zijn voor een zodanig gebruik van de zelfbeschikking dat er onder omstandigheden wordt afgeweken van de zogenaamde objectieve betekenis van de menselijke waardigheid. De randvoorwaarden laten overigens maar beperkt ruimte voor divergenties. Zo moet er volgens Suchomel sprake zijn van absolute vrijwilligheid en defectloos handelen, waarbij defectloos duidt op de afwezigheid van lichamelijke of psychische schade en het ontbreken van dwang. Vandaar ook de *partielle Disponibilität* als titel van zijn proefschrift. Ook andere interessante vragen komen in dit deel aan de orde, zoals de kring van dragers van menselijke waardigheid (mensen), de

16 HvJ EG 14 oktober 2004, zaak C-36/02 (*Omega*), *Jur.* 2004, p. I-9609, *EHRC* 2004, 103 (m.nt. J.H. Gerards), *SEW* 2005, p. 177 (m.nt. J.H. Jans).

17 J.-U. Suchomel, *Partielle Disponibilität der Würde des Menschen*, Berlijn: Duncker & Humblot 2010, p. 51-55.

doorwerking van dit begrip voor ongeborenen en overledenen, de vraag of de keuze voor een mensonwaardige behandeling – bijv. het instemmen met genitale verminking of met een gedwongen huwelijk – *an sich* al inbreuk maakt op de menselijke waardigheid van een ander (hetgeen Suchomel afwijst, p. 102), de normadressaten van de plicht de menselijke waardigheid te beschermen en de vraag of het ‘recht’ op menselijke waardigheid de verplichting voor individuen met zich brengt hun eigen waardigheid te eerbiedigen. Ook deze laatste vraag beantwoordt Suchomel ontkenkend, vanuit de gedachte dat de zelfbeschikking van de mens dan onevenredig wordt ingeperkt.

In deel 3 gaat Suchomel nader in op de zelfbeschikking die de mens kan uitoefenen over zijn eigen waarden en de grenzen die daaraan door het recht worden gesteld. Diverse constitutionele leerstukken passeren in dit deel de revue. Duidelijk wordt dat de verhouding tussen menselijke waardigheid en zelfbeschikking zeer complex is, zeker als menselijke waardigheid als uitwerking van de autonomie wordt gezien (*‘dignity as empowerment’*). De afweging tussen beide normen wordt mede bepaald door de eigen visie op grondrechten en democratie, de objectieve dan wel subjectieve inkleuring van de menselijke waardigheid, de waarde die men toekent aan eerbiedigings- en beschermingsplichten en het onderscheid dat wordt gemaakt tussen verticale en horizontale relaties.

Het boek eindigt met een beknopte samenvatting (p. 244-246), waarin alle hoofdbevindingen nog eens worden weergegeven. Dit *resumé* is exemplarisch voor het gehele boek. Zonder omhaal van veel woorden maakt de auteur de lezer deelgenoot van uiterst ingewikkelde vraagstukken, die vervolgens systematisch worden ontrafeld en geanalyseerd, en daarop voorzien van een in heldere taal geformuleerde eigen mening. Suchomel maakt daarbij mooie verbindingen tussen positiefrechtelijke en rechtstheoretische doctrines, waarbij hij verwijzingen naar de internationale jurisprudentie en literatuur niet schuwt. De auteur laat overtuigend zien dat opname van het begrip menselijke waardigheid in de Grondwet, zoals voorgesteld door de Staatscommissie, specifieke vragen oproept, die hij verschillend beantwoordt afhankelijk of sprake is van verticale of horizontale relaties. Dit laatste onderscheid vind ik zelf niet altijd even overtuigend, al is het maar omdat dit onderscheid in deze tijden van marktwerking aan verandering onderhevig is. Dat doet geenszins af voor mijn grote waardering voor dit boek. Kennisname van dit boek zou eigenlijk verplicht moeten zijn voor diegenen die zich nader willen verdiepen in de voors en tegens van de door de Staatscommissie Grondwet voorgestane algemene bepaling. Zo laten zich naar aanleiding van Suchomels boek ondermeer de volgende vragen stellen: waarin verschilt de menselijke waardigheid van grondrechten en fundamentele rechtsbeginselen?; legt de

menselijke waardigheid alleen verplichtingen op aan de overheid?; en in hoeverre is er in een multiculturele samenleving ruimte het begrip menselijke waardigheid verschillend uit te leggen? Suchomels studie levert bruikbare handvatten op voor het zoeken van antwoorden op dergelijke vragen, daarbij ruimte latend voor het maken van een eigen inkleuring.